



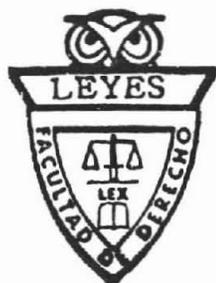
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

"LA DEROGACION DEL DERECHO DE PREFERENCIA A
FAVOR DEL ARRENDATARIO"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A ;
JOAQUIN GUTIERREZ DIAZ



MEXICO, D.



2005

0350220



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV/26/09/05/46

ASUNTO: Aprobación de Tesis

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E .

El alumno JOAQUÍN GUTIÉRREZ DÍAZ, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del Lic. Oscar Solís Arana, la tesis denominada "LA DEROGACIÓN DEL DERECHO DE PREFERENCIA A FAVOR DEL ARRENDATARIO" y que consta de 152 fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 26 de Septiembre de 2005


LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS
Director del Seminario

LGAS'egr.

México Distrito Federal, a 05 de Septiembre del 2005

C. Licenciado Luis Gustavo Arratibel Salas.

Director del seminario de derecho civil.

Presente:

Por medio de este conducto manifiesto a usted que el **C. Joaquín Gutiérrez Díaz**, con numero de cuenta **9616155-3**, solicitó la asesoría del suscrito a efecto de dirigir y asesorar su trabajo de investigación para la elaboración de su tesis con la finalidad de alcanzar el titulo de **Licenciado en Derecho**, bajo el tema "**La derogación del derecho de preferencia a favor del arrendatario**", trabajo de investigación que ha concluido y he revisado en forma total y conjunta con las correcciones que al mismo se le hicieron, el cual considero que cumple con los requisitos necesarios para su aprobación, por lo que me dirijo a usted para el efecto de que se realicen los tramites correspondientes para su registro e impresión conforme a la legislación universitaria.

Por sus atentas y distinguidas consideraciones, me despido de usted enviándole un cordial saludo.



LIC. OSCAR SOLÍS ARANA

AGRADECIMIENTOS:

A mis padres, Félix Gutiérrez Cruz y María Elena Díaz Lagunas, por haberme dado la vida y por llevarme a la conclusión de mis estudios.

A mis hermanos Alma Delia, Rosa Lilia y Daniel, por el apoyo moral que incondicionalmente me brindan en los momentos que más los he necesitado.

A Erika Nayelli Benito Montes, por todo el tiempo de espera para concluir mi carrera y este trabajo de investigación.

A Joyce Nayelli Gutiérrez Benito, por ser ella el principal motivo para la conclusión de mi carrera y de este trabajo de investigación.

Al Licenciado Luis Ángel Morales Maguey, por haberme guiado en el inicio de esta carrera profesional y por enseñarme que la única manera de llegar a ser un buen abogado, es la constancia en el estudio del Derecho.

Al Licenciado Oscar Solís Arana, por el apoyo brindado en la investigación, elaboración y conclusión de este trabajo de investigación.

INDICE

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | I |
| | |
| CAPITULO 1.- LA PROPIEDAD | |
| 1.1 Concepto | 1 |
| 1.2 El régimen de la propiedad en el Distrito Federal | 16 |
| | |
| CAPITULO 2.- TEORIA DE LA INEFICACIA DEL ACTO JURIDICO | |
| 2.1 Teoría de la ineficacia | 41 |
| 2.2 Tipos de ineficacia del acto jurídico | 56 |
| 2.2.1 Inexistencia | 57 |
| 2.2.2 Nulidad absoluta | 62 |
| 2.2.2.1 Causas de la nulidad absoluta | 63 |
| 2.2.2.2 Consecuencias de la nulidad absoluta | 64 |
| 2.2.3 Nulidad relativa | 65 |
| 2.2.3.1 Causas de la nulidad relativa | 66 |
| 2.2.3.2 Consecuencias de la nulidad relativa | 66 |
| | |
| CAPITULO 3.- EL DERECHO DE PREFERENCIA DEL ARRENDATARIO EN LA TRASMISIÓN DE LA PROPIEDAD | |
| 3.1 Derecho de preferencia en la legislación civil | 69 |
| 3.2 Derecho del tanto | 82 |
| 3.2.1 Concepto | 82 |
| 3.2.2 Titular del derecho del tanto | 86 |

| | | |
|--|---|-----|
| 3.2.3 | Tiempo para ejercitar el derecho del tanto | 98 |
| 3.2.4 | Finalidad del derecho del tanto | 102 |
| 3.3 | Derecho de retracto | 103 |
| 3.3.1 | Concepto | 103 |
| 3.3.2 | Titular del derecho de retracto | 108 |
| 3.3.3 | Tiempo para ejercitar el derecho de retracto | 109 |
| 3.3.4 | Finalidad del derecho de retracto | 110 |
| CAPITULO 4.- CONSECUENCIAS POR INOBSERVANCIA DEL DERECHO DE PREFERENCIA | | |
| 4.1 | Derecho de preferencia a favor del arrendatario como limitante de la propiedad del arrendador | 113 |
| 4.2 | Consecuencias de la inobservancia al derecho de preferencia a favor del arrendatario | 123 |
| 4.2.1 | Derecho de retracto | 126 |
| 4.2.2 | Acción de nulidad | 128 |
| 4.2.3 | Pago de daños y perjuicios | 131 |
| 4.3 | Propuesta de derogación del artículo 2448-J del Código Civil para el Distrito Federal | 133 |
| 4.4 | Justificación de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal | 136 |
| CONCLUSIONES | | 141 |
| BIBLIOGRAFIA | | 146 |

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación se analiza el derecho de propiedad y sus derechos inherentes (características) que le otorga la ley y que encuentran su fundamento en la Constitución Política del país, estos son el derecho a usar, derecho a disfrutar y derecho a disponer de ella, lo cual encuentra ciertas limitaciones legales, iniciando por dar un concepto de este derecho de propiedad, dado que el Código Civil para el Distrito Federal, omite señalar el concepto de la misma o lo que pudiera entenderse por este derecho, las formas de adquisición y su pérdida, así como la protección o defensa que se otorga al titular ante actos de terceras personas al titular de este derecho.

También se analiza la teoría de la ineficacia del acto jurídico como consecuencia de la falta de algún elemento esencial o de existencia, o en su caso, algún elemento de validez, iniciando por los elementos que deben conformar, de acuerdo a la ley, el acto jurídico como tal. También se analizan los diferentes tipos de ineficacia, sus causas y consecuencias, resaltando las características que cada una de estas ineficacias guarda, de las cuales encontramos que respecto a la llamada inexistencia y la nulidad absoluta sus consecuencias y características son similares, en específico se analiza a la ineficacia del acto jurídico que surge al celebrar la venta de un bien inmueble arrendado, puesto que, de la lectura del capítulo respectivo, pareciera que se trata de la ineficacia llamada nulidad absoluta

cuando, conforme al derecho, se estaría en presencia de la nulidad relativa como consecuencia de la inobservancia del derecho de preferencia otorgado al arrendatario, dado que las características de la ineficacia mencionada que señala el legislador se aplican solo en cuanto a los arrendatarios y no a cualquier persona, tiene un plazo de prescripción y puede ser convalidado por diverso acto jurídico, situación por la cual debe de reflexionarse en si se trata de intereses colectivos o privados los que finalmente trata de proteger y no mencionar que se trata de la nulidad absoluta por el hecho de que la propia ley menciona en su artículo 2448 que el capítulo correspondiente al arrendamiento de inmuebles destinados a casa habitación es de orden publico e interés social, dado que sería erróneo.

A su vez, también se analizaran los diversos derechos de preferencia que la legislación civil consagra a favor de los copropietarios, coherederos, socios, aparceros, colindantes con vía pública y a los arrendatarios, tal derecho se conoce con el nombre del derecho del tanto, pero en especial, para los arrendatarios se conoce como derecho de preferencia, confundiendo los legisladores el genero con la especie, pues no hace ninguna especificación en cuanto a una naturaleza diversa entre el derecho del tanto y el derecho de preferencia, pues, como se verá, estos son idénticos, mas resulta, que de acuerdo al derecho de preferencia a favor de los arrendatarios, establecido por el artículo 2448-J del Código Civil, en caso de que el mismo no sea respetado, otorga el derecho de retracto, el cual solo opera en caso de que el derecho del tanto se viole en perjuicio de su titular, situación por

la cual nace la inquietud, de analizar la esencia y naturaleza del supuesto derecho de preferencia a favor de los arrendatarios, por que consideramos que se trata de lo que antes se denominaba derecho del tanto en el mismo capitulo y, en caso, de tratarse de lo que se conoce como un verdadero derecho del tanto, pero otorgado al arrendatario, que a su vez es un derecho de preferencia, se estaría desvirtuando la relación jurídica contractual, entre el arrendador y el arrendatario y se vulnerarían derechos del arrendador propietario con respecto de su bien inmueble y en caso de ser así, cabría preguntarse si las acciones de reparación del daño y de nulidad, encuentran justificación de otórgaseles como defensa al inquilino o por el contrario, al igual que el supuesto derecho de preferencia, también vulneran la garantía de la propiedad otorgada al arrendador-propietario, cabe mencionar que en esta investigación también se analiza si el derecho de preferencia puede concurrir con el derecho o acción de retracto y a su vez, si el derecho de retracto puede concurrir con la acción de nulidad o viceversa, al ser consecuencias de la inobservancia del derecho de preferencia a favor del arrendatario, pues considero que esto sería imposible de presentarse, toda vez se trata de acciones con naturaleza, características y consecuencias totalmente adversas, puesto que se debe ejercitar uno u otro, pero no ambos a la vez, esto nunca lo tomo en cuenta el legislador y con ello deja lagunas legales.

Por último, conjuntamente con lo anterior, se analizará si la regulación que da el ordenamiento civil al derecho de preferencia a favor del arrendatario, pues la

misma no es precisa ni clara en cuanto a dicho derecho y sus consecuencias en caso de inobservancia, es o no necesaria por la problemática que genera a los derechos del arrendador en cuanto a su propiedad, ya que es confusa y ambigua, siendo por ende, procedente la derogación del citado derecho, pues, además de que limita el derecho de propiedad del arrendador, limita la circulación de la riqueza y no existe un equilibrio justo entre el arrendador y el arrendatario, pues con dicho derecho se desvirtúa la relación contractual entre ellos.

CAPITULO 1.- LA PROPIEDAD

1.1 Concepto

El Código Civil para el Distrito Federal no establece el concepto de lo que es la propiedad, solamente se limita a señalar en su artículo 830 lo que un propietario puede realizar con determinada cosa, pues este precepto señala que "El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.", sin definir, exactamente a la misma, situación por la cual debemos recurrir a la doctrina para poder llegar a un concepto de lo que es la propiedad. Cabe mencionar que la legislación civil, aunque si es la más amplia respecto al tema de la propiedad, no contempla todo lo relacionado con la misma por que en diversas legislaciones encontramos regulación sobre el tema para casos concretos, tal es el caso de la Ley del Régimen de la Propiedad en Condominio, aunque esta solo se refiera a un tipo de propiedad limitada (propiedad condominal).

Por su parte el Doctor Gutiérrez y González nos indica que la "propiedad es el derecho real mas amplio para usar, gozar y disponer de las cosas, dentro del sistema jurídico positivo de limitaciones y modalidades impuestas por el legislador de cada época."¹ Dando una explicación de su definición, pues de acuerdo a sus

¹ Gutiérrez y González, Ernesto. Del Patrimonio, Décimo tercera edición, Editorial Porrúa, México 2002, Pág. 216.

palabras actualmente no existe un concepto exacto de lo que es la propiedad, pues los elementos con los cuales se definía en tiempos remotos han variado e inclusive ya no se puede considerar a la propiedad como absoluta, exclusiva y perpetua, sin en cambio, se sigue observando el derecho de usar, gozar y disponer de la cosa con las limitaciones y modalidades que le impone la ley vigente, esto ultimo es factor determinante para que los atributos que antes le eran impregnados, ahora se tengan en desuso.

El maestro Rojina Villegas define a la propiedad como "el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto."²

El maestro Rafael de Pina establece que "En relación con el tema de la propiedad, se ha distinguido entre un derecho a la propiedad y un derecho de propiedad. Por un derecho a la propiedad se entiende "la facultad amplia y general de aplicar nuestras actividades a la apropiación de algo que nos asegure el sustento", y por un derecho de propiedad la concreción y actualización sobre tal o cual objeto, de aquel derecho de propiedad..."³

² Rojina Villegas, Rafael. Derecho civil mexicano, tomo segundo y tercero, Bienes, Derechos reales y Posesión. Séptima edición, Editorial Porrúa, México, 1991, Pág. 289

³ De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano (Bienes-Sucesiones); Volumen II, Décimo quinta edición, México, 1998, Editorial Porrúa, Pág. 63.

Por su parte el maestro Leopoldo Aguilar Carvajal define a la propiedad de la siguiente manera, "La propiedad es un derecho real, por el cual una cosa se encuentra sometida al poder jurídico de una persona, en forma directa, exclusiva y perpetua, para que esta pueda retirar todas las ventajas económicas que la cosa sea susceptible de prestarle, siendo este derecho, como todo derecho real, oponible a todo el mundo."⁴

El maestro Rojina Villegas señala que "El derecho de propiedad implica un poder jurídico directo sobre la cosa para aprovecharla totalmente."⁵ Señalando también que "El poder jurídico total significa que el aprovechamiento se ejerce bajo la forma de uso, disfrute o disposición de la cosa, o que se tiene simplemente la posibilidad normativa de ejecutar todos los actos de dominio o de administración, aun cuando jamás se ejecuten. Es decir se trata de un aprovechamiento jurídico y no económico."⁶

Vistas las anteriores definiciones podemos señalar, de forma por demás sencilla, el siguiente concepto de lo que consideramos es la propiedad. La propiedad es el derecho real por virtud del cual el titular del mismo tiene la facultad de usar, gozar y disponer de manera directa una cosa determinada

⁴ Aguilar Carvajal, Leopoldo. Segundo curso de derecho civil bienes, derechos reales y obligaciones, cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1975, Pág. 107.

⁵ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 292

⁶ Ibidem, Pág. 242

conforme a sus intereses mejor le convengan, observando las limitaciones y modalidades que la ley le imponga.

Consideramos que la propiedad al ser un derecho real da sobre una cosa determinada, de acuerdo con la legislación, poder para sacar el mayor provecho de ella de manera libre y directa según convenga a los intereses de su dueño, con la obligación de no ejercitarlo en perjuicio de otros individuos. Este poder directo lo podemos observar en el hecho de que solo la persona que ostenta la titularidad del derecho de propiedad puede explotar y consumir la cosa como mejor le satisfaga. La relación directa que existe sobre la cosa se desprende del poder directo que se guarda entre el propietario y la cosa determinada, pues este derecho "nos da la tenencia inmediata y directa del titular sobre la cosa, sin ningún intermediario, pues aprovecha por sí las ventajas económicas."⁷

La facultad de usar, gozar y disponer de la cosa viene derivada también del poder directo que se tiene sobre la misma y que se encuentra garantizada por la ley, pues el derecho de usar (*ius utendi* o *usus*) consiste en que el titular del derecho de propiedad puede servirse de la cosa conforme a su naturaleza o fin a que este destinado, el derecho de disfrutar (*ius fruendi* o *fructus*) consiste en que el titular pueda percibir los productos o servicios que conforme a su utilización o producción la cosa genere y el derecho de disponer (*ius abutendi* o *abusus*) da la facultad al propietario de alterar, enajenar, explotar y hasta destruir la cosa

⁷ Aguilar Carvajal, Leopoldo. Op. Cit. Pág. 109.

siempre y cuando no perjudique a terceros y observe las limitaciones impuestas por la ley.

Señala el maestro Rojina Villegas, que el Derecho romano consideró a la propiedad como un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo para usar, disfrutar y disponer de una cosa, los cuales son los elementos de la propiedad, que se limitaban al derecho quiritario, esto es, solo se reconocen los derechos de los ciudadanos romanos y no a los extranjeros, aunque después se les reconoció a los extranjeros el derecho pretoriano, que a un inicio no tuvo como finalidad el reconocimiento de la propiedad, posteriormente se les obsequio un dominio que devino en designación de la propiedad, hasta que con Justiniano se fueron suprimiendo las características que hacían diferente al derecho de los ciudadanos romanos y a los ciudadanos extranjeros, dándose en el tema de propiedad el dominio en toda clase de bienes sin importar si eran de ciudadanos o extranjeros. Situación que acarrea en los feudos que los señores feudales tuvieron imperio de mandar sobre los vasallos que se establecieron en sus fundos, lo cual salía de la idea general que se tenía de la propiedad, y no es, sino hasta con el Código Napoleón que se logró dar una fase concreta a la propiedad, pues solo lo limita a un derecho real de carácter privado para usar y disponer de una cosa, que no pierde hasta este entonces los caracteres reconocidos en el derecho romano y se da un reconocimiento de que la propiedad es un derecho natural del hombre que

solo puede ser reconocido y protegido por el Estado a favor de los individuos, lo cual repercute en la mayoría de la legislación del mundo para la propiedad.⁸

En la escuela clásica se consideraba que la propiedad es el derecho real de usar y disponer de los bienes en forma absoluta, exclusiva y perpetua, lo que actualmente en la práctica y en la doctrina no puede encontrar aplicación como tal, pues ha dejado de ser absoluta por el hecho de que la ley establece ciertas limitaciones las cuales no deben ser inobservadas, pues en caso de que las mismas no se tomen en cuenta las posibles consecuencias que pudiera acarrear sería, entre otras, la nulidad, el pago de daños y perjuicios, saneamiento por evicción, esto es, no es absoluta por estar limitada en la ley con la finalidad de restringir y evitar posibles abusos de los propietarios para con otras personas, por otro lado, la exclusividad también a entrado en desuso pues, en la actualidad encontramos que mas de una persona puede ser propietario de determinado bien, tal es el caso de los coherederos o los copropietarios, lo que se conoce como la co-titularidad de un derecho, al igual que puede ser explotada por terceras personas, y tampoco es perpetua por el simple hecho de la ley señala diversos supuestos en los que la propiedad puede perderse, como en el caso del tiempo compartido, la usucapión o prescripción positiva.

El doctrinario Rojina Villegas cita a Planiol el cual señala que en la doctrina clásica hay una diferenciación en los atributos esenciales y no simplemente en su

⁸ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 295 a 299

carácter específico. "Según la escuela clásica representada por Aubry y Rau, el derecho real es un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, siendo este poder jurídico oponible a terceros. Por consiguiente, son elementos del derecho real: a) .- La existencia del poder jurídico. b) .- La forma de ejercicio de este poder en una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa. c).- la naturaleza económica del poder jurídico que permite un aprovechamiento total o parcial de la misma y d).- La oponibilidad respecto de terceros para que el derecho se caracterice como absoluto, valedero erga omnes. En el derecho personal, la escuela clásica no encuentra ninguna de estas características. El derecho de crédito o personal se define como una relación jurídica que otorga al acreedor la facultad de exigir del deudor una prestación o una abstención de carácter patrimonial o moral. Son elementos del derecho personal los siguientes: a).- una relación jurídica entre sujeto activo y pasivo. b).- La facultad que nace de la relación jurídica a favor del acreedor para exigir cierta conducta del deudor. c).- El objeto de esta relación jurídica consiste en una prestación o abstención de carácter patrimonial o simplemente moral."⁹

Para diversos autores, la propiedad tiene una función social que va acorde con el titular del derecho de propiedad, pues al tener éste, el dominio directo sobre la cosa debe atender, de acuerdo a la riqueza que posee, el interés de la

⁹ Planiol, Tratado de Derecho Civil. Tomo III, los bienes, Pág. 17 a 20, de la traducción de José María Cajica Jr . Puebla. Apud _Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 89 y 90.

sociedad sin que al mismo le provoque pérdidas, sino que por el contrario, adquiriera mediante el bien que tiene más riqueza y a su vez ésta sea distribuida, tanto para su beneficio como para el de terceras personas. Lo que se relaciona estrechamente con los derechos inherentes a la propiedad, en cuanto al uso que puede dársele a la cosa necesariamente requiere del aprovechamiento de la misma, pero, sin alterarla, para que este derecho sea utilizado constantemente, el disfrute de la cosa otorga a su titular, el derecho de apropiarse de los frutos que la misma produzca, el derecho de disponer de la cosa contempla su consumo y su transformación, así como la destrucción y enajenación total o parcial de ella, con la finalidad de servir a la sociedad.

El doctrinario Rojina Villegas, con apoyo en ideas de León Duguit que trata el autor Castan Tobeñas, critica el concepto de la propiedad en cuanto a que es un derecho innato del individuo por el simple hecho de serlo, se entiende que la propiedad tiene un carácter social, pues según él, el derecho objetivo es anterior al subjetivo, y especialmente al de propiedad. Si el hombre, al formar parte de un grupo tiene, principalmente, un conjunto de deberes impuestos por la norma jurídica, para lograr la situación social, considerando que si el hombre tiene el deber de realizar la solidaridad social al ser poseedor de una riqueza, su deber aumenta en la forma en que aquella riqueza tenga influencia en la economía de una colectividad: a medida que tiene mayor riqueza, tiene la mayor responsabilidad social. También señala que no es verdad que el derecho de

propiedad sea intocable, por que, por el contrario, el Estado tiene facultades para restringir el mismo, lo cual se refleja en el artículo 27 constitucional, pues se observa que la nación tiene en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza publica y para cuidar de su conservación.¹⁰

A lo cual señala el Doctor Gutiérrez y González, citando, también al mismo autor, que "Todo individuo... tiene la obligación de cumplir en la sociedad cierta función en razón directa del puesto que ocupa en ella. Por consiguiente, el poseedor de la riqueza, por el hecho de tenerla, puede realizar cierta labor que él solo puede cumplir. El solo puede aumentar la riqueza general, asegurar la satisfacción de necesidades generales, al hacer valer el capital que posee. Está pues, obligado socialmente a cumplir esa labor y solo en el caso en que la cumpla será protegido socialmente. La propiedad no es ya el derecho subjetivo del propietario; es la función social del poseedor de la riqueza....

"...En cuanto a la propiedad, no es ya en el derecho moderno el derecho intangible, absoluto, que el hombre que posee riqueza tiene sobre ella. Ella es y ella debe ser; es a condición indispensable de la propiedad y la grandeza de las sociedades y las doctrinas colectivistas son una vuelta a la barbarie. Pero la

¹⁰ Castan Tobeñas, José, Derecho Civil Español, común y foral, tomo III, Pág. 10 a 106, Apud Rojina Villegas, Rafael, op. Cit. Pág. 301 y 302

propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir con su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino.¹¹

De acuerdo con la doctrina, este derecho es oponible a terceras personas por ser erga omnes, incluso al Estado, puesto que ninguna persona puede, sin consentimiento del titular del derecho de propiedad causar actos de molestia o de perturbación en la misma, teniendo como garantías de protección la acción reivindicatoria y el procedimiento de la expropiación por causa de utilidad pública, garantías que se explican en el siguiente punto. "El propietario ejerce un derecho subjetivo que le permite imponer a todos el respeto de la cosa que le pertenece. Como cualquier otro titular de derecho subjetivo en su ámbito, tiene el propietario un monopolio de la explotación de la cosa y obtiene de ella una ventaja cierta..."¹²

Los objetos que pueden ser susceptibles de apropiarse por una persona determinada, son aquellos que están dentro del comercio, normalmente se utiliza la palabra cosa para señalar a los bienes, tanto muebles como inmuebles, sin que

¹¹ León Duguit, Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código Napoleón, Segunda edición, Madrid, Pág. 37. Apud Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. p. 228.

¹² Arce y Cervantes José. Op. Cit. p. 45.

sean olvidados los derechos intelectuales que se otorgan a determinada persona y que antes eran también considerados dentro del capítulo referente a la propiedad en el Código Civil para el Distrito Federal, pero que actualmente tienen su propia legislación por las características propias de los mismos, deben encontrarse específicamente determinados y deben ser singulares.

La propiedad puede perderse de forma voluntaria o involuntaria. De forma voluntaria es cuando se transfiere por cualquiera de los actos jurídicos susceptibles de producir este efecto, como la venta, la donación, la permuta, la herencia y el abandono de la cosa, y por forma involuntaria cuando se da la expropiación por causa de utilidad pública, venta forzosa, por confiscación, cuando la permite la ley, por revocación de donaciones, por cambio de cause de río, por destrucción de la cosa.

La propiedad puede terminar por destrucción total de la cosa, por quedar fuera del comercio, por causa de expropiación, por fenómeno natural, abandono y por dejar de existir, si en algunos de estos casos no se pierde totalmente la cosa, la propiedad continua con la parte que subsista.

Se da el caso de que haya dos o más personas que tengan titularidad sobre una determinada cosa, lo que se conoce como copropiedad, a lo cual señala el artículo 938 del Código Civil para el Distrito Federal que "Hay copropiedad cuando

una cosa o un derecho pertenecen pro-indiviso a varias personas.” Por lo cual se considera que este derecho recae sobre la unidad de la cosa indivisa la cual la mayoría de las veces no permite cómoda división, y los titulares de ella participaran de forma proporcional a sus porciones en los beneficios, cargas, obligaciones y administración. El copropietario que quiera librarse de las obligaciones antes mencionadas puede hacerlo renunciando a la copropiedad.

El maestro Rojina Villegas señala que “La parte alícuota es una parte ideal determinada desde el punto de vista mental aritmético, en función de una idea de proporción. Podría decirse que es una parte que solo se representa mentalmente, que se expresa por un quebrado y que permite establecer sobre cada molécula de la cosa una participación de todos y cada uno de los copropietarios, cuya participación variará según los derechos de estos.”¹³ y dicha parte es susceptible de enajenarse, gravarse, arrendarse, hipotecarse, etc.

La administración de la copropiedad, tanto para actos de dominio como para actos de administración debe regirse por lo acordado por la mayoría de los copropietarios, debiendo tomarse en cuenta para ello, los beneficios y conservación de la cosa, así como para la contribución de los gastos que por ello se originen, en caso contrario, se debe someter al conocimiento del Juez competente para que resuelva lo que procede, considerando las propuestas hechas por los copropietarios, puesto que ninguno de los copropietarios puede, sin

¹³ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pàg. 345.

consentimiento de los demás, realizar alteraciones a la cosa, aunque puedan resultar ventajosas para todos, y de hacerlo, se vería obligado a resarcir de los daños y perjuicios que ocasione por sus actos.

Nuestra legislación permite a cada copropietario disponer de la cosa pro indivisa, de acuerdo a su finalidad y utilidad, sin que perjudique el derecho de los demás copropietarios, así como enajenarla e hipotecarla, siempre y cuando lo autoricen o consientan los demás copropietarios, puesto que para el caso de venderla o enajenarla, los demás copropietarios pueden ejercer en su favor el derecho del tanto, el cual les otorga, preferentemente, el derecho de adquirir la parte alícuota ante terceras personas, con la pena legal de que la venta que realicen sin dar el aviso correspondiente no producirá efecto alguno, pues se afecta al acto jurídico con nulidad relativa, pues para el caso de la venta, los copropietarios que vayan a enajenar la cosa, en atención al derecho del tanto, deben dar aviso de ello a los condueños por medio de notario o judicialmente, para que dentro del termino de ocho días hagan uso de el, pero si transcurre ese plazo sin que hayan manifestado su deseo de hacer uso de su derecho del tanto, pierden el mismo surtiendo todos sus efectos la venta que se propale en relación a la parte alícuota.

La copropiedad se extingue por la división de la cosa, destrucción o pérdida, enajenación o consolidación de todas las porciones en un solo propietario. Sin que

al dividirse la cosa común se afecte a terceros, los cuales conservan los derechos reales que les pertenece desde antes de hacerse la partición.

Existen diversas clasificaciones de copropiedad que diversos autores han manejado para su explicación, sin que haya uniformidad en ello, pero normalmente se consideran en voluntarias y forzosas, según provenga de un acuerdo de voluntades o por disposición legal; temporales y permanentes, según se ponga fin rápidamente o no a la misma; legales o convencionales, según tengan determinada legislación que las regule o no; Sobre bienes determinados y sobre un patrimonio o universalidad, según se refiera a un bien concreto o el mismo sea indeterminado por las características que den origen a la copropiedad; Por acto entre vivos y por causa de muerte, ya provengan de un acto jurídico determinado o por medio de un testamento o juicio in testamentario; por hecho jurídico y por acto jurídico, ya provenga de un contrato o de la accesión

Este derecho de copropiedad puede extinguirse, como la propiedad, por destrucción o pérdida de la cosa; por consolidación de la cosa en una sola persona, la cual se relaciona con la partición y consolidación de la misma; la partición que de la cosa se realice conforme a los lineamientos establecidos en la ley o en su caso se pueda separar la cosa común en partes iguales, lo que comúnmente se observa en las lotificaciones o en el ejercicio de la acción comunitiva que consagra el artículo 939 y 940 del Código Civil para el Distrito

Federal, lo que acarrea como consecuencia, en este último caso, que el derecho de propiedad sea abstracto en una porción determinada de la cosa. Ahora bien si la cosa admite o no cómoda división y uno de los copropietarios quisiera vender la parte determinada que le corresponde, los otros copropietarios pueden consentir o no el acto en ejercicio del derecho del tanto que les asiste, pues ellos conforme a la ley son los adquirentes preferentes, por que los copropietarios al gozar del derecho del tanto, el cual tiene como una de sus finalidades la terminación de la copropiedad y graves consecuencias que esta origina, deben de ser primeros en adquirir la parte a enajenar, ya que de lo contrario el o los copropietarios olvidados, según el caso, a demás de que la misma no surtiría efectos, podrían reclamar el pago de daños y perjuicios que con dicha venta se ocasionen de acuerdo con lo establecido por los artículos 973 y 974 del ordenamiento legal en cita.

Situación similar ocurre con las llamadas propiedades horizontales o de condominio, en la cual, conforme a la Ley del Régimen de Propiedad en Condominio, la propiedad particular, a la vez, tiene un sentido de copropiedad, pues los titulares de alguna fracción o propiedad tienen derecho a todas las áreas comunes y por tanto están obligados a contribuir con los gastos de conservación y administración, para lo cual deben estar a lo establecido por la ley, pero a la vez tienen la protección legal para defender ante cualquier persona su parte exclusiva y determinada, lo que comúnmente se llama propiedad mixta, pues se dan

derechos y obligaciones como propietarios exclusivos de su parte alícuota y por otro lado tenemos que comparten derechos y obligaciones como copropietarios de las áreas comunes e incluso cabe el caso de que determinada unidad particular sea objeto de copropiedad.

1.2 El régimen de la propiedad en el Distrito Federal

En cuanto al presente tema se analizarán las diversas formas de adquisición de la propiedad, limitaciones y defensas protectoras de la misma, que se encuentran establecidas en el Código Civil para el Distrito Federal a la propiedad y en la Ley de Expropiación.

Por lo que respecta a la adquisición de la propiedad se han realizado doctrinariamente diversas clasificaciones para su mejor comprensión y que derivan de la ley, así tenemos a la adquisición primitiva u originaria que se presenta cuando la cosa no ha estado en el patrimonio de determinada persona, esto es, la cosa no la recibe el adquirente de un propietario previo, sino que la cosa nunca a tenido dueño conocido y la adquisición derivada, la cual consiste en la transmisión del patrimonio de una persona a otra, que a diferencia de la anterior, esta si a tenido un dueño cierto y conocido; adquisición a título oneroso, en la cual el adquirente paga un cierto precio, previamente pactado, a cambio del bien y a título gratuito, en el que el adquirente recibe un bien sin tener que pagar ninguna

contraprestación. Otros autores señalan que también se puede adquirir la propiedad por acto entre vivos o mortis causa, los cuales podrían considerarse englobándose en las anteriores clasificaciones.

Por lo que hace a este trabajo solo estudiaremos como formas de adquirir la propiedad la forma primitiva u originaria y la forma derivada, las que a su vez se subdividen en diversas formas, las cuales se mencionan a continuación y dentro de las mismas podemos observar la aplicación de las otras clasificaciones antes mencionadas.

Así tenemos que las formas de adquirir la propiedad de manera originaria son la ocupación y la accesión, en la forma derivada tenemos los contratos, la herencia, la prescripción y la adjudicación, etc.

La ocupación es la adquisición de una cosa, que a nadie ha pertenecido, con la simple posesión de la misma y con ánimo de dominio sobre ella, sin intervención de ninguna otra persona. De lo cual podemos desprender que los requisitos para que opere la ocupación de acuerdo con el teórico Rojina Villegas, es "1º La aprehensión o detentación de una cosa. 2º Ejecutar esta aprehensión en forma permanente y con ánimo de adquirir el dominio. 3º Recaer en cosas que no tengan dueño o cuya legítima procedencia se ignore."¹⁴ y como cuarto requisito tenemos que la cosa debe ser susceptible de apropiación.

¹⁴ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 315.

Esta forma de adquirir la propiedad ha ido perdiendo fuerza con el paso del tiempo, puesto que actualmente la mayoría de las cosas que son susceptibles de apropiarse, ya tienen un dueño y es conocido, no obstante esto, en algunos lugares de la ciudad, los menos, existen bienes inmuebles que al ser baldíos son ocupados por terceras personas que aunque el terreno tenga dueño y conocido ocupan (poseen) el bien con la finalidad de apropiárselo.

El doctrinario Rafael de Pina menciona que "Se ha clasificado la ocupación, teniendo en cuenta los bienes o cosas sobre las que recae, en ocupación de bienes muebles, ocupación de inmuebles y ocupación de semovientes. En el derecho mexicano actual no existe la posibilidad de la ocupación de los bienes inmuebles por oponerse a ella la reglamentación que se ha dado a los bienes vacantes. La ocupación entre nosotros solo es posible tratándose de los bienes muebles y de los semovientes de los cuales cumplan los requisitos arriba indicados.

La ocupación se presenta, de acuerdo a lo dispuesto por el legislador, solo con bienes muebles como en la apropiación de animales sin marca, los animales de caza, los animales bravíos o cerriles que perjudiquen sementeras o plantaciones, los animales de pesca y buceo de perlas, siempre y cuando no se compruebe que los animales tengan un dueño cierto, pues basta con que se demuestre la marca de cada animal en particular o que se encuentre dentro de la propiedad del dueño

de la misma, en cuanto a los animales de caza y buceo de perlas se sujetan a su reglamento específico y deben de observar ciertas reglas para su apropiación, pues debe tomarse en cuenta que nadie puede realizar caza en terrenos particulares sin el respectivo consentimiento del dueño de este, la apropiación de enjambres se presenta cuando las colmenas no han sido encerradas o son abandonadas, en cuanto a la apropiación de los tesoros, entendiéndose por este último el depósito oculto de dinero, alhajas u otros objetos preciosos cuya legitima procedencia se ignore (artículo 875 del Código Civil para el Distrito Federal), se debe observar que si es descubierto en propiedad propia pertenece al dueño de esta, si es del poder publico o persona particular que no sea del descubridor se aplicara en una mitad a cada uno, esto es mitad para el descubridor y mitad para el propietario, pero si es un descubrimiento interesante para las ciencias y artes se aplicara a la nación previo pago justo, tomándose en cuenta que nadie puede realizar búsquedas en terreno ajeno sin consentimiento del dueño, ya que en caso contrario se deberá indemnizar al dueño del mismo por los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado, cuando se trate de un usufructuario que realice el descubrimiento se deberá repartir en una mitad con el dueño, sino es ni el dueño ni el usufructuario, el tesoro se repartirá entre el dueño y el descubridor con exclusión del usufructuario, también si el dueño de un bien descubre un tesoro estando este en usufructo se le aplicara al dueño y el usufructuario podrá exigir el pago de daños y perjuicios por la interrupción de su derecho, aún cuando no se encuentre el tesoro.

La accesión, es otra de las formas originarias de adquirir la propiedad, y consiste en el derecho que tiene el propietario de una cosa para apropiarse de lo que ella produzca, se le añade o incorpore de manera artificial o natural. Dándose en esta parte dos principios, el primero se refiere a que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y el segundo es que nadie puede enriquecerse sin causa a costa de otro, pues una cosa accesoriamente se une a otra que ya tiene dueño cierto y conocido, de manera natural, dando derecho al propietario sobre la cosa que a su predio se le incorpora, puesto que aplica el principio de derecho de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

De lo que podemos referir que las cosas que se unan o incorporen a otra cosa siguen la suerte de lo principal, lo que de acuerdo al caso concreto se debe de tener en cuenta, si al momento de realizarse la unión o incorporación o mezcla, existe buena o mala fe de alguno de los propietarios, pues de ello depende la aplicación del segundo de los principios antes mencionados y que consiste en que nadie puede enriquecerse a costa de otro.

Señala el maestro Gutiérrez y González, que la accesión "Es el derecho por virtud del cual, el titular del derecho real de propiedad, hace suyo todo lo que la cosa produce, o se le une o incorpora, natural o artificialmente a la misma."¹⁵

¹⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. Pág. 373.

Dentro de esta forma de adquisición de la propiedad encontramos que se puede presentar en agregación de bienes inmuebles con bienes inmuebles, bienes muebles con bienes inmuebles y bienes muebles con bienes muebles.

En cuanto a los bienes inmuebles con bienes inmuebles tenemos el aluvión, la avulsión, la mutación de cause y la formación de isla.

De acuerdo a lo señalado por el maestro Rafael de Pina, aluvión: "es el acrecentamiento que las heredades confinantes con los ríos reciben paulatinamente por efecto de las corrientes de las aguas."¹⁶ donde el propietario del predio adquiere por agregación, en pequeñas partículas o materias pequeñas que no se identifican, aquella fracción de tierra que va formándose por ese depósito de materiales arrastrados por el agua en su propiedad, lo que se desprende del artículo 908 del Código Civil para el Distrito Federal.

Siguiendo al mismo autor, tenemos que la avulsión son "los aumentos que aporta al predio ribereño la acción violenta y transitoria de las aguas de un río."¹⁷. Donde la parte que se desprende de una finca llega a un predio distinto de la ribera en la que se encontraba, pero que a diferencia de la anterior el aumento se puede reconocer por ser una porción considerable, lo que se encuentra legislado en el artículo 910 del mismo Código y en este y siguientes artículos se establece

¹⁶ De Pina, Rafael. Op. Cit. Pág. 99.

¹⁷ De Pina Rafael. Loc. Cit. Pág. 100

que el propietario del mismo aumento puede reclamar la propiedad que fue desprendida por la fuerza de la corriente del río.

Según el artículo 914 del Código Civil para el Distrito Federal, la mutación de cause se presenta cuando Los causes abandonados por corrientes de agua que no sean de la federación, pertenecen a los dueños de los terrenos por donde corren esas aguas. Si la corriente era límite de varios predios, el cause abandonado pertenece a los propietarios de ambas riberas, proporcionalmente a la extensión del frente de cada heredad, a lo largo de la corriente, tirando una línea divisoria por medio del álveo. Pero cabe distinguir que esto solo es cuando el cause es propiedad privada, por que si es propiedad de la nación, sigue siendo la nación, y como lo menciona el Doctor Gutiérrez y González, en nuestra entidad los pocos ríos existentes no producen esta forma de adquisición de la propiedad.¹⁸

En cuanto a la formación o nacimiento de isla el Código Civil para el Distrito Federal señala en su artículo 913 que son del dominio del poder público las islas que se forman en los mares adyacentes al territorio nacional, así como las que se forman en los ríos que pertenecen a la federación. Y si son islas formadas por la corriente del río que divide la heredad el dueño no pierde su propiedad, sino que la sigue conservando en la parte separada y en cuanto a la parte ocupada por las aguas si pierde su propiedad (914 del mismo ordenamiento).

¹⁸ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit.. Pág. 379 y 381.

Por lo que hace al acrecentamiento de bienes muebles con bienes inmuebles tenemos la edificación, la siembra y la plantación, que de acuerdo con lo señalado por el Doctor Gutiérrez y González, la "a) Edificación. Es la actividad humana que consiste en acumular materiales de construcción, técnica y sistemáticamente dispuestos. b) Siembra. Es la actividad humana por medio de la cual, usando la tierra para incorporar en ella la semilla se busca la multiplicación del grano. c) Plantación. Es la actividad humana que consiste en unir a la tierra plantas para obtener el fruto deseado."¹⁹ y de acuerdo con lo establecido por el Código Civil del Distrito Federal corresponde al propietario todo lo que su bien produzca como frutos de la misma, encontrando en ella frutos naturales que son las producciones espontáneas de la tierra, las crías y demás productos de los animales. Frutos industriales son los que producen las heredades de cualquier especie, mediante el cultivo o el trabajo, estos frutos al igual que los naturales solo se consideran de esta clase hasta que son manifiestos o nacidos y si son animales desde que se encuentra en el vientre de la madre. Son frutos civiles, los alquileres de los bienes muebles, las rentas de los inmuebles, los réditos de los capitales y todos aquellos que no siendo producidos por la misma cosa directamente, vienen de ella por contrato, por última voluntad o por la ley. Para lo cual se deben observar las disposiciones aplicables a cada caso concreto que señala el Código Civil para el Distrito Federal, considerando la buena fe o mala fe del propietario de la finca y del propietario de los bienes muebles, o como lo llama el doctor Gutiérrez

¹⁹ Idem. Pág. 381

y González, la mala intención²⁰, pues se actúa contra lo que dispone el legislador, pues señala nuestra legislación civil, que lo sembrado, edificado y plantado de entrada se consideran propiedad del dueño de la finca hasta que se pruebe lo contrario, pero si nos encontramos con el supuesto de que una persona siembre, plante o edifique en su propia finca con bienes ajenos puede ser propietario de ambas cosas, pero deberá pagar daños y perjuicios al otro dueño, con mala intención, da derecho al propietario a cobrar una renta o el precio del terreno según se trate de siembra o edificación, quien también perderá lo edificado, sembrado o plantado, contando el dueño de la finca con la posibilidad de demandar la demolición y reposición de las cosas a su estado primitivo, también se señala el supuesto de que para el caso en que no se hayan aplicado los bienes materiales, el dueño pueda reivindicarlos. Para el caso de que tanto el dueño de la finca y de los bienes muebles obraran de mala fe, ambos se estarán a la compensación y se sujetaran a la regla de haber procedido con buena fe.

Si los bienes muebles pertenecen a una persona distinta al dueño de la heredad y al que siembra, edifica o planta, el propietario de la finca es responsable del valor de los bienes muebles, cuando el que los empleo no tenga bienes con que responder por los mismos bienes y que lo edificado aproveche al dueño, a no ser que el propietario del inmueble solicite la demolición y reposición de las cosas al estado en que se encontraban.

²⁰ Ibidem. Pág. 382.

En cuanto a la accesión de mueble a mueble tenemos la adjunción, mezcla y confusión, especificación e incorporación.

Incorporación, según el Doctor Gutiérrez y González, "Es el acto por el cual dos bienes o cosas muebles, de diverso dueño, se unen de tal manera que aún cuando se puedan diferenciar, constituyen una unidad material."²¹

Mezcla y confusión o conmixtión, lo que a decir del Doctor Gutiérrez y González, "Es mezcla la unión de muebles sólidos de dos diferentes dueños, y confusión, la unión de los líquidos de diferentes dueños...."²²

Siguiendo al mismo doctrinario, "Especificación. Es la actividad de un ser humano de dar forma a la materia propiedad de otra persona."²³

Las formas derivadas de adquirir la propiedad son aquellos modos en los cuales el adquirente se apropia de un bien determinado por medio de la transmisión de cosas de un patrimonio ajeno al suyo, a través de un acto jurídico, ya unilateral ya plurilateral, y así tenemos que puede adquirirse la propiedad por adjudicación, contrato, herencia y prescripción positiva o usucapión, las cuales se enuncian a efecto de entender el presente tema, pues su estudio sería muy extenso.

²¹ Ibid. Pág. 391.

²² Ibid Pág. 392.

²³ Ibidem Pág.391.

Adjudicación.- esta forma de adquirir la propiedad es de manera declarativa, puesto que la adjudicación realizada por un Juez declara que la propiedad de una determinada persona ha sido adquirida por otra, este tipo de adquisición de propiedad la podemos encontrar en la partición de herencia y en remate judicial.

Contrato.- de acuerdo al artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal, "los convenios que producen o transmiten las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

Dentro de los contratos referentes a la transmisión y adquisición de la propiedad, encontramos, la compraventa, la permuta y la donación.

Herencia.- la herencia, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1281 del Código Civil para el Distrito Federal, "es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos su derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte." Esta herencia puede transmitirse por medio sucesión testamentaria o por sucesión in testamentaria, según haya o no testamento.

Prescripción positiva o usucapión.- de acuerdo a lo establecido por el artículo 1135 del Código Civil para el Distrito Federal, la prescripción es un medio de adquirir derechos y de librarse de obligaciones por el transcurso de cierto

tiempo y bajo las condiciones establecidas por ley, que en relación con el artículo 1136 del citado Código, establece que la adquisición en virtud de la posesión se llama prescripción positiva, que es una forma mas de adquirir la propiedad.

La propiedad desde tiempos remotos siempre a contado con ciertas limitaciones y modalidades que hace que la misma pierda su carácter de absoluta como se consideraba en el derecho romano y que tomaba en cuenta la escuela clásica al momento de definirla, pues desde ese entonces se conocía que el propietario de un bien inmueble tenía como limitantes en interés de los vecinos "...dejar un espacio de dos pies y medio en los confines del fundo, la de no variar el curso de la aguas, limitación sancionada con la actio aquae pluvial arcendae- acción de retención del agua pluvial; otras limitaciones posteriores: dejar que las ramas del Árbol vecino recaigan sobre el predio a una altura de quince pies, dejar pasar al vecino a que recoja los frutos de sus árboles, impedir que el vecino haga demoliciones y obras peligrosas en su predio, si la construcción vecina amenaza ruina puede obligarse al dueño a que la repare y el pretor puede obligarlo a dar la cautio damni infecti -caución de daño inminente. En interés público, los propietarios ribereños deben sufrir el uso público del río, deben cuidar la vías y caminos con los que limitan, no podían demoler libremente, necesitaban permiso, cuando se hacía una obra de utilidad pública que exigiera la disposición de un terreno particular, si el propietario no accedía de grado era expropiado, pero se le indemnizaba, si se descubría una veta, podía explotarse contra la voluntad del

dueño del terreno, dándosele -por disposición de Graciano y Valentiniano- una décima a él y otra al fisco."²⁴

Siguiendo al Doctor Gutiérrez y González señala que "La limitación es la carga positiva, o bien la abstención que el legislador de la época que se considere, impone al titular de derechos, a efecto de que no los ejercite contra el interés de otros particulares o bien contra el interés general"²⁵ también señala, de acuerdo a lo señalado por el artículo 830 del Código Civil para el Distrito Federal, que modalidad "es, cualquier circunstancia, calidad o requisito, que en forma genérica, pueden ir unidos a la sustancia, sin modificarla, de cualquier hecho, acto jurídico o derecho."²⁶

Señalando que las únicas modalidades que realmente así consideradas son la condición y el plazo, los cuales define de la siguiente manera:

Condición es el "Acontecimiento futuro de realización contingente, del cual depende la eficacia, o la extinción, de derechos y obligaciones."²⁷ De donde se desprende que la condición puede ser suspensiva o resolutoria. Suspensiva cuando de dicho acontecimiento futuro de realización incierta, dependa la eficacia de

²⁴ Bravo González, Agustín. Et. Al. Derecho Romano. Primer curso, 14ª edición, Editorial Porrúa. México 1997. Pág. 325

²⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. Pág. 233.

²⁶ Ibidem Pág. 235.

²⁷ Idem, Pág. 250

derechos y obligaciones. Resolutoria será cuando del acontecimiento futuro de realización incierta dependa la extinción o resolución de derechos y obligaciones.

Plazo es el "Acontecimiento futuro de realización cierta, del cual depende la eficacia, o la resolución, de derechos y obligaciones."²⁸ Que al igual que la condición puede ser suspensivo o resolutorio. Será suspensivo cuando del acontecimiento futuro de realización cierta dependa la eficacia de obligaciones y derechos. Y resolutorio cuando del acontecimiento futuro de realización cierta dependa la resolución o extinción de derechos y obligaciones.

Dentro de las limitaciones contenidas en la legislación civil encontramos las referentes al beneficio de particulares, en las cuales se limita el derecho de excavar en un predio determinado, pues las excavaciones, como las cloacas, hornos, acueductos, chimeneas, depósitos, en la mayoría de las veces afecta a las casas vecinas pues hacen que éstas pierdan el sostén que las mantiene firmes, situación por la cual deben de tomarse las precauciones necesarias para que no se dañen las mismas, pues para el caso de que se lleguen a dañar, el propietario constructor debe indemnizar por los daños y perjuicios que se originen a los propietarios de las casas vecinas, los cuales tienen ese derecho por ley, además del interdicto de obra nueva, para que la cosa se mantenga en el estado en que se encuentra o se le restituya su cosa a la forma que originalmente guardaba, tampoco pueden realizar construcciones que afecte a los predios vecinos, la

²⁸ Idem Pág. 250

establecida en el artículo 853 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual señala que el propietario de un edificio esta obligado a construir sus tejados y azoteas de manera que las agua pluviales no caigan sobre el suelo o edificio vecino que tapen la luz natural que les llega o abrir ventanas u otros orificios en paredes contiguas, a una altura de tres metros como mínimo, de acuerdo al artículo 851 del Código Civil en comento no se pueden tener ventanas, balcones ni voladizos semejantes para asomarse sobre la propiedad del vecino, así mismo encontramos como limitación al derecho de la propiedad, que el propietario no puede edificar o plantar cerca de las plazas fuertes, fortalezas y edificios públicos (839, 843, 845 y 853 del C. C.). Tampoco se pueden plantar árboles cerca de una heredad ajena, sino que se debe hacer a una distancia de dos metros de la línea divisoria si se trata de árboles grandes y a un metro si es de árboles pequeños o arbustos, puesto que para el caso de que se planten árboles a distancias menores el dueño del fundo afectado tiene el derecho de pedir que se arranquen los mismos, en cuanto a las aguas que se posean en un determinado predio se limita el derecho del uso de este vital líquido en la propiedad particular del propietario, pues el propietario vecino tiene el derecho de exigir del dueño del fundo que cuenta con agua sobrante que le proporcione la necesaria pagando una indemnización por la misma y que sea fijada por peritos en la materia. (Artículo 937 C. C.)

Otra de las limitaciones que se contiene en la misma legislación es la referente a las servidumbres, la cual la mayoría de los autores estudia como un

desmembramiento de la propiedad, pero de acuerdo al artículo 1057 de la legislación en consulta, esta es un gravamen real impuesto sobre un bien inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, del cual el predio a cuyo favor esta constituida la servidumbre se llama predio dominante y el que la sufre es el predio sirviente, limitación que se menciona en este trabajo de manera breve pues también afecta la libre disposición del derecho de propiedad.

Igualmente encontramos limitaciones al derecho de propiedad en beneficio de la sociedad, dentro de las cuales encontramos afectación al derecho de libre disposición de la propiedad para el caso de que el propietario decida enajenar su bien como los bienes considerados como cultura de la nación (artículo 833 y 834 del Código Civil para el Distrito Federal), al igual que en el derecho de los copropietarios que tampoco pueden enajenar a terceros su parte alícuota sin el consentimiento de los demás copropietarios en base al derecho del tanto con el que cuentan (artículo 973 del Código Civil para el Distrito Federal), al igual que los propietarios arrendadores, los coherederos, usufructuarios, de los socios, pues de realizar la enajenación en contravención a lo estipulado por la ley generaría daños a terceros por el cual se entendería un uso abusivo del derecho de la propiedad y por tanto estarían obligados al pago de daños y perjuicios.

Las modalidades impuestas a la propiedad son en cuanto a la condición y al plazo, de lo cual, señala el Doctor Gutiérrez y González, que la propiedad es

resoluble o sujeta a condición, o bien, temporal o sujeta a plazo, la propiedad cuando "...se transmite sujeta a una condición resolutoria, se ésta en presencia de la llamada propiedad resoluble, pues si sucede el hecho a que está sujeta su eficacia, se resolverá. Si por el contrario no sucede el hecho futuro y contingente, entonces la propiedad pierde su modalidad y se convierte en pura y simple."²⁹ En cuanto a la propiedad temporal o sujeta a plazo, señala que "...cuando el plazo se aplica al derecho real de propiedad, resulta una propiedad temporal, y se puede entonces decir que es la propiedad que tiene una persona sólo durante cierto tiempo, en virtud de haberse estipulado así en el título de adquisición de su derecho, y permitirlo la ley.

Este tipo de propiedad temporal es excepcional..."³⁰

Con lo cual podemos manifestar que la propiedad desde sus inicios hasta la fecha, con todo y sus nuevas concepciones aplicadas a la realidad actual, sigue teniendo limitaciones que en ciertos casos la ley no regula de una manera específica y remite a generalidades como en el caso del derecho del tanto de los diversos cotitulares de la propiedad en partes alícuotas que remiten a lo establecido para el derecho del tanto para los copropietarios y el derecho de preferencia a favor del arrendatario, vulnera con ello el derecho del arrendador quien en la mayoría de los casos es el más afectado por tal limitación, afectación

²⁹ Ibidem. Pág. 290

³⁰ Ibidem. Pág. 292

que se estudiará con mas detenimiento en los capítulos tercero y cuarto del presente trabajo de investigación.

Por otra parte, tenemos, que la propiedad, de acuerdo a la legislación civil de la entidad y de la carta magna del país, cuenta con protecciones o defensas para el caso de que alguna persona, ya sea física o moral, la perturbe o la ocupe sin el consentimiento del titular de ese derecho, dentro de las cuales podemos observar la acción reivindicatoria y la expropiación por causa de utilidad publica, esta última no parece protección sino mas bien un procedimiento para privar siempre a un particular, de manera forzosa, de su propiedad.

Así tenemos que la expropiación por causa de utilidad pública a decir del Doctor Gutiérrez y González "es el acto del Estado, unilateral y soberano, por conducto de los funcionarios competentes de su Órgano Ejecutivo o administrativo, por medio del cual priva, para si o para un tercero, a una persona de un bien de su propiedad, mediante el pago de una retribución o indemnización, para destinarlo a la satisfacción de una necesidad pública, y que solo con ese bien puede ser satisfecha, en todo o en parte."³¹

El maestro Rafael De Pina señala que "La expropiación forzosa es uno de los modos que la administración pública utiliza para la adquisición de los bienes que

³¹ ibidem p.276

estima necesarios para la realización de sus fines.”³², pero también señala el sacrificio del propietario en beneficio de los intereses sociales del cual debe ser indemnizado y que la causa de utilidad pública para la que se vaya a expropiar el bien debe ser demostrada con elementos verídicos y pruebas que demuestren su verdadera utilización.

Leopoldo Aguilar Carvajal señala que “La expropiación consiste en la privación de un bien perteneciente a un particular, para dedicarlo a la satisfacción de necesidades colectivas.”³³

El maestro Rafael I. Martínez Morales, señala que la expropiación “...es el acto unilateral de la administración pública para adquirir bienes de los particulares, por causa de utilidad pública y mediante indemnización.”³⁴

De acuerdo a lo establecido por el artículo 27 constitucional, precepto que consagra la garantía de la propiedad, señala en su párrafo segundo que las expropiaciones solo podrán hacerse por causas de utilidad pública y mediante indemnización y por su parte el artículo 831 del Código Civil, que también protege al propietario establece que la propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

³² De Pina, Rafael. Op. Cit.

³³ Aguilar Carvajal, Leopoldo. Op. Cit. Pág. 109

³⁴ Martínez Morales, Rafael I. Derecho Administrativo tercer y cuarto curso, tercera edición, Editorial Oxford, México 2001, Pág.41

Ahora bien, para poder considerar que una expropiación tiene origen en una causa de utilidad pública, entendiéndose que hay utilidad pública "cuando un bien o servicio, material o cultural, común a un importante sector de la población, es considerado por el poder público, de primordial importancia protegerlo o proporcionarlo"³⁵, debemos atender a las necesidades que guardan ciertos sectores de la población y que el Estado debe satisfacer como la ampliación de una calle para el mejor flujo vehicular que afecte a una ciudad populosa o las líneas del metro. Estas causas de utilidad públicas se encuentran establecidas en la Ley de Expropiación en su artículo primero el cual señala que las causas de utilidad pública son:

- I.- El establecimiento, explotación o conservación de un servicio público;
- II.- La apertura, ampliación o alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos y túneles para facilitar el tránsito urbano y suburbano;
- III.- El embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje, construcciones de oficinas para el Gobierno Federal y de cualquier obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo.
- IV.- La conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades y objetos de arte, de los edificios y monumentos arqueológicos o históricos, y de las cosas que se consideran como características notables de nuestra cultura nacional;
- V.- La satisfacción de necesidades colectivas en caso de guerra o trastornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población, de víveres o de otros artículos de consumo necesario, y los procedimientos empleados para combatir o impedir la propagación de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades públicas;

³⁵ Ibidem. Pág. 42

- VI.- Los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz pública;
- VII.-La defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación;
- VIII.- La equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o de una clase en particular;
- IX.- La creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad;
- X.- Las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad;
- XI.-La creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida;
- XII.- Los demás casos previstos por leyes especiales”

De donde podemos observar que las causas de utilidad pública son aquellas situaciones que aquejan a varias personas y solo con un bien determinado puede ser satisfecha su necesidad, pero la ley de Expropiación por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, restringe algunos bienes que no pueden ser expropiados, señalando que no se podrá expropiar la pequeña propiedad agrícola o ganadera en explotación.

Una vez fijada la causa de utilidad pública, de acuerdo con la legislación mencionada, tenemos que el Presidente de la República Mexicana, como representante del poder ejecutivo es la única persona que puede emitir un decreto expropiatorio a petición de las secretarías encargadas de un ramo específico, por ejemplo, el de transporte. De ahí que el decreto expropiatorio deba de cumplir con los requisitos establecidos por los artículos 14 y 16 de la carta magna, pues al no

observar los mismos el acto traería como consecuencia la nulidad del mismo por ser violatorio de las garantías de legalidad y seguridad jurídica. Realizado el decreto de expropiación el mismo debe ser notificado de manera personal al propietario del bien afectado y publicarlo en el Diario Oficial de la Federación, si lo emite el ejecutivo o en la Gaceta Oficial del Distrito Federal si se trata del Jefe de Gobierno, el afectado cuenta, para el caso de estar inconforme con el decreto, con el recurso de revocación el cual debe ser interpuesto dentro de los quince días siguientes a la notificación de decreto de expropiación ante la Secretaría de Estado, Departamento Administrativo o Gobierno del territorio que haya dado trámite al expediente de expropiación, y en el supuesto de que la resolución que recaiga al recurso de revocación interpuesto por el propietario del fondo afectado sea negada tendrá como vía de defensa el amparo indirecto el cual deberá ser resuelto por el Juez en materia Administrativa.

El precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada, se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o aceptado de modo tácito al pagar sus contribuciones con esa base, pero el tiempo en que se haga queda al arbitrio de la autoridad expropiante, pues la ley le concede el término de un año para poder indemnizar al propietario afectado, lo cual deja en incertidumbre al mismo, ya que al margen de la ley el Estado puede pagar o bien en el siguiente día de expropiado el bien o hasta el día en que se cumplan el año, afectando económicamente al propietario del bien inmueble.

Pudiera darse el caso de que el bien expropiado no sea destinado al fin para el cual fue afectado en el término de cinco años, ya sea por no hacerse nada en el, o bien, por que se destine a un fin distinto para que el cual se expropió, situación ante la cual el propietario afectado por el decreto expropiatorio puede con fundamento en el artículo noveno de la Ley de Expropiación reclamar la reversión del decreto que declaró la afectación del bien, ante la autoridad expropiatoria en el término de dos años, pues la supuesta necesidad por la que fue expropiado nunca fue realmente una necesidad, la cual resolverá en el término de cuarenta y cinco días, y para el caso de que se acuerde de conformidad, el interesado-afectado, deberá devolver la cantidad que le fue entregada.

También, como defensa a la propiedad tenemos la acción de reivindicación, que es una acción de carácter real de la cual su titular, propietario de un determinado bien mueble o inmueble del que no tiene la posesión, reclama la devolución de otra que esta en posesión pero que no tiene la propiedad del mismo, el cual deberá devolverla con los frutos que se hayan adherido a la cosa. Solo pueden ser objeto de la reivindicación al igual que en la propiedad los bienes que se encuentren en el comercio y los cuales tengan un dueño cierto y conocido, pues para poder ejercitar esta acción de defensa del derecho de propiedad, es indispensable que se demuestre la propiedad de la cosa que se trate de reivindicar

y que la misma este en posesión de otra persona que no tiene derecho para ocuparla.

Señala Gutiérrez y González que la reivindicación es "la acción mediante el cual el propietario que no posee materialmente su cosa, hace efectivo su derecho de persecución contra el poseedor material, pero no propietario de la cosa."³⁶

Por su parte el artículo cuarto, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala que la acción de reivindicación compete a quien no esta en posesión de la cosa de la cual tiene la propiedad, y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y acciones en los términos prescritos por el Código Civil. Para lo cual, de acuerdo a los diversos criterios jurisprudenciales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la parte que ejercite esta acción deberá acreditar el derecho de propiedad que tiene sobre la cosa reclamada, la posesión de la cosa reclamada por parte del demandado, ya sea que posea para sí o en nombre de otro y, como ultimo requisito, la identidad de la cosa que el demandante reclama.

Acción que deberá demandar el propietario ante el Juez de lo civil a efecto de que este llame a juicio al poseedor sin derecho, para que en su caso manifieste

³⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. Pág. 317.

el derecho que alegue tener y no se le vulneren las garantías que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en específico la de audiencia, legalidad y seguridad jurídica, pues el también tiene la garantía a que le sean respetados sus derechos de posesión. Puesto que si el demandante al ejercitar la acción de reivindicación no acreditara todos y cada uno de los elementos antes mencionados, nunca podrá acreditar la acción de reivindicación y solo realizara actos tendientes a molestar al poseedor.

CAPITULO 2.- TEORIA DE LA INEFICACIA DEL ACTO JURIDICO

2.1 Teoría de la ineficacia

Para el estudio del presente capítulo es necesario tener como base el concepto de lo que es un "acto jurídico" y definir sus elementos, por lo que, a fin de no ser tedioso con el tema, pues lo que aquí interesa es la ineficacia del acto jurídico, solo se mencionaran de manera breve tanto los elementos de "existencia" como los elementos de "validez" del acto jurídico, para poder entender fácilmente cuales son las consecuencias que el mismo puede tener al no contar con alguno de sus elementos o, de contar con ellos, si alguno de los elementos se encuentra viciado, restándose con ello eficacia al acto jurídico.

Por lo que siguiendo, para este punto, lo señalado por el maestro Joaquín Martínez Alfaro, debemos entender que el acto jurídico "es una manifestación de voluntad, hecha con la intención de producir consecuencias jurídicas..."³⁷, y así en el mismo sentido el maestro Rojina Villegas dice que "el acto jurídico lo hemos definido como una manifestación de la voluntad que se realiza con el objeto de producir determinadas consecuencias de derecho."³⁸, para, lo cual se debe distinguir el acto jurídico del hecho jurídico, en cuanto a que en este último puede

³⁷ Martínez Alfaro, Joaquín. Teoría de las Obligaciones, sexta edición, Editorial Porrúa, México 1999, Pág.17

³⁸ Rojina Villegas, Rafael. Derecho civil mexicano, tomo quinto, Obligaciones. Séptima edición, Editorial Porrúa, México 1991, Pág. 99.

haber o no manifestación de voluntad para producir efectos jurídicos, puesto que en los hechos jurídicos las consecuencias se crean por que así lo dispone la ley, sin que sea necesaria la intervención del hombre, aunque en algunos casos éste realiza hechos involuntarios y en cambio en el acto jurídico si debe de existir la voluntad de exteriorizar una determinada conducta. Por lo que el citado autor realiza una clasificación de hechos jurídicos llamada por él "general" en donde divide a los hechos jurídicos en naturales y humanos, pudiendo ser los hechos jurídicos humanos voluntarios o involuntarios y a su vez los humanos voluntarios los divide en actos jurídicos y en hechos jurídicos en estricto sentido.³⁹

El Doctor Gutiérrez y González señala que "... el acto jurídico es la conducta del ser humano en que hay una manifestación de voluntad, con la intención de producir consecuencias de Derecho, siempre y cuando una norma jurídica sancione esa manifestación de la voluntad, y sancione los efectos deseados por el autor."⁴⁰

"1. Los actos jurídicos pueden ser unilaterales o bilaterales, según estén formados por una o dos manifestaciones de voluntad que integran el consentimiento; ejemplo el testamento o el contrato.

"2. Los hechos jurídicos en estricto sentido pueden subdividirse en lícitos e ilícitos; V. gr.: la gestión de negocios y los delitos."⁴¹

³⁹ Martínez Alfaro, Joaquín. Op.cit. Pág. 17 y 18

⁴⁰ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las obligaciones, Décima tercera edición, Editorial Porrúa, México 2001, Pág.127.

⁴¹ Rojina Villegas, Rafael. Op.cit. Pág. 103.

Pero debemos tomar en cuenta, para no confundir la clasificación antes dicha, que los actos jurídicos deben ser observados desde el punto de vista de voluntades exteriorizadas respecto de fin común, pues, habrá actos jurídicos en donde varias voluntades formen una sola parte contractual y no por ello será bilateral o plurilateral el acto, sino que será unilateral, ya que las diversas conductas son idénticas y con un mismo fin, y para que se considere como bilateral, deberá de exponerse la voluntad encontrada, de los contratantes, para la realización del fin común, como la compraventa, en donde uno exterioriza la voluntad de vender y otro la voluntad de adquirir.

Tomando en consideración las anteriores definiciones, podemos afirmar, que el acto jurídico es la exteriorización de la conducta humana con la finalidad de crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos conforme al derecho.

El acto jurídico esta compuesto de diversos elementos de existencia y de validez sin los cuales no podría existir o en su caso no podría producir sus efectos. En cuanto a los elementos de existencia o también llamados esenciales tenemos el consentimiento y el objeto; por lo que hace a los elementos de validez tenemos la capacidad, la forma, la ausencia de vicios del consentimiento y la licitud.

Elementos que serán solo conceptualizados para entender cada uno de ellos, pues si se realizara un estudio de cada uno de los elementos, este trabajo saldría de su finalidad, ya que como se mencionó, solo es parte del estudio de este trabajo la ineficacia del acto jurídico, las causas y sus consecuencias.

El consentimiento como elemento esencial del acto jurídico es "el acuerdo de voluntades respecto a un objeto común que consiste en producir consecuencias jurídicas que son la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones."⁴² voluntades que no necesariamente deben ser idénticas, pues no tendría ningún sentido que dos voluntades pretendan realizar el mismo fin (como vender), sino que para que se integre el consentimiento es necesario que las mismas se compaginen la una con la otra, esto es, que las partes entren en un "...curso de voluntades para obtener el fin común que se proponen..."⁴³, como sería vender y comprar.

Para que el consentimiento se forme es necesario que se externen dos manifestaciones de la voluntad llamadas oferta y aceptación, la primera de ellas también llamada policitud "...es la primera manifestación de voluntad y consiste en la proposición u ofrecimiento que una parte hace a la otra, con la intención de obligarse si hay aceptación."⁴⁴, en cuanto a la aceptación esta "es la manifestación de la voluntad hecha por quien recibió la oferta, dirigida al oferente, y que consiste

⁴² Martínez Alfaro. Joaquín. Op. Cit. pag. 26

⁴³ Ibidem. Pág. 26

⁴⁴ Ibidem. Pág. 26

en la conformidad con dicha oferta; por tanto el consentimiento se forma cuando haya aceptación de la oferta.”⁴⁵

El objeto, es también un elemento esencial del acto jurídico y son aquellas cosas o hechos que el obligado debe dar y hacer o no hacer, este objeto debe ser posible física y jurídicamente para poder ser un elemento completo del acto jurídico.

El objeto del acto jurídico debe ser posible físicamente para que el mismo pueda ser determinado o determinable y que se encuentre dentro del comercio, pues algo determinado pero fuera de comercio es un objeto que en ningún momento sería apropiable por naturaleza, lo cual hace que no se complete el objeto, pues, sería jurídicamente imposible que el acto jurídico sea celebrado, ya que de celebrarlo sería inexistente. En cuanto a la posibilidad física y jurídica del hecho, el Maestro Martínez Alfaro, señala que esta “consiste en que el hecho objeto del contrato esté de acuerdo con la leyes de la naturaleza, es decir que estas leyes permitan su realización, esto es, que no sean un impedimento u obstáculo insuperable para cualquier persona.”⁴⁶, y que el mismo no vaya en contra de la norma jurídica que lo rige.

⁴⁵ Ibidem. Pág. 26.

⁴⁶ Ibid. Pág.38

La capacidad, como elemento de validez del acto jurídico, "es la aptitud para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones; así como para, por sí mismo, hacerlos valer, cumplirlas y comparecer en juicio."⁴⁷, está última también se conoce como legitimación.

La capacidad puede ser de goce o de ejercicio, la primera es aquella aptitud para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones y la de ejercicio es la aptitud que determinada persona tiene con base en la ley para hacer valer sus derechos, cumplir las obligaciones y comparecer en juicio, esta última capacidad implica la primera pero no en viceversa, pues quien tiene la capacidad de goce no siempre cuenta con la de ejercicio, tal es el caso de un demente o de algún incapaz.

La capacidad de las personas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte. Este es el caso de la capacidad de goce, pero la de ejercicio se adquiere cuando se alcanza la mayoría de edad, en nuestro país a los dieciocho años, pero los que no tengan la mayoría de edad o que se hallen en estado de interdicción pueden realizar determinados actos jurídicos por medio de sus representantes, o en el caso de menores de dieciocho años emancipados, pueden actuar por si mismos sin representantes.

La forma es el segundo de los elementos de validez del acto jurídico, la cual consiste en la actitud que se utiliza para externar el consentimiento al momento de

⁴⁷ *Ibíd.* Pág. 63

celebrar el acto. Este elemento se puede dar de dos vertientes, la tácita y la expresa. La forma tácita es el modo de exteriorizar la voluntad para realizar un acto jurídico por actos que se presumen sin que intervenga la palabra ni la escritura. La forma expresa es el modo de exteriorizar la voluntad de manera indudable e inequívoca para realizar el acto jurídico mediante la oralidad, la escritura o con signos inequívocos como las señas (mímicos). Pero al no observarse este requisito en la celebración del acto jurídico el mismo se verá afectado de ineficacia consistente en nulidad relativa.

El tercer elemento de validez del acto jurídico es el referente a la ausencia de vicios en el consentimiento, el cual en un inicio puede crear ciertas confusiones, pues se estudian los vicios que pueden influir en la voluntad de una o en la de las partes que intervienen en el acto, por lo que señalar una idea de dicho elemento, incluye cuales son los vicios de los cuales debe estar libre la manifestación de la voluntad al momento de celebrarse el acto, por lo que tenemos que la ausencia de vicios del consentimiento consiste en que la exteriorización de la voluntad de las partes involucradas en la creación de un acto jurídico se realice sin error ni violencia.

Error, de acuerdo al licenciado Martínez Alfaro, "es un falso conocimiento de la realidad, es decir es lo contrario a la verdad y consiste en un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad objetiva"⁴⁸.

Siguiendo al mismo autor, la violencia "Es toda coacción grave irresistible e injusta, que se ejerce sobre una persona para que consienta en obligarse en contra de su voluntad. Dicha coacción consiste en usar la fuerza material o en hacer amenazas que importen el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos."⁴⁹.

Como cuarto elemento de validez del acto jurídico tenemos a la licitud, la cual consiste en que el objeto del acto jurídico, esto es, aquellas cosas o hechos que el obligado, en el primer caso, debe dar y en el segundo hacer o no hacer deben estar apegados a derecho, esto es, no ser contrario a la ley ni a las buenas costumbres. Ya que de ser contrario a la moral y a las buenas costumbres se considerará el acto como ilícito y por consiguiente se afectará la eficacia del acto jurídico, pues se originaría la nulidad, absoluta o relativa, según estipule el Código Civil para el Distrito Federal (artículo 2225).

⁴⁸ Martínez Alfaro, Joaquín. Op. Cit. Pág. 93

⁴⁹ Ibídem. Pág. 101

Realizado el estudio anterior conviene mencionar las diversas teorías que se han generado respecto del estudio de la ineficacia del acto jurídico, las cuales se centran en las siguientes: Teoría clásica, Teoría de Japiot, Teoría de Piedelievre y Teoría de Julián Bonnecase, y por último la teoría finalista, sostenida por Pasquau Liaño, las cuales serán brevemente expuestas, con el objeto de entender la naturaleza de las ineficacias del acto jurídico.

La teoría clásica se basa en un sistema tripartito para comprender la ineficacia del acto jurídico, pues consideraba como ineficacia del acto jurídico la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa.

La inexistencia, señalaba, se presentaba cuando al acto jurídico le faltaba algún elemento esencial considerando a esta inexistencia como la nada jurídica y por consecuencia el derecho no tiene por que ocuparse de ella, asegurando que el acto afectado de inexistencia no produce ningún efecto jurídico por que lo inexistente es la nada y la nada no produce efecto alguno. Si el juez intervenía al presentarse una controversia generada por el acto jurídico viciado de inexistencia era solo para constatar la misma, dado que si la declara, estaría declarando la nada. En la inexistencia cualquier persona interesada tiene el derecho a invocarla, no podía ser convalidada por confirmación ni por prescripción.

En cuanto a la nulidad, esta teoría clásica, consideraba que en ineficacias del acto jurídico se presentaba la nulidad absoluta y la nulidad relativa, afirmaban que la primera se presenta cuando el acto se realiza en contra del mandato o de una ley imperativa o prohibitiva de orden público, como un vicio externo, llamado ilicitud, según esta tesis el acto afectado de nulidad absoluta se equiparaba a la inexistencia, pues no generaba efecto jurídico alguno. Esta nulidad, al igual que la inexistencia, solo tenía que ser constatada por el Juez. Pueden invocarla todos aquellos que tengan interés en ello, al igual como ocurre en la inexistencia y tampoco podía ser convalidada por confirmación ni por prescripción.

La nulidad relativa se origina cuando el acto jurídico se realizaba con vicios internos que normalmente se centraban en la incapacidad, la falta de forma y en los vicios de la voluntad, además de que tendrían que ver a quien corresponde la acción para reclamarla, y no presentarse las demás características de la nulidad absoluta, ésta nulidad relativa permitía que el acto jurídico creara efectos provisionales los cuales se destruían retroactivamente mediante decisión judicial, para la cual la intervención del Juez si era apropiada para declararla.

Esta nulidad solo pueden invocarla las personas que tengan interés establecido en la ley para que así se declare el acto, y no cualquier persona como en la nulidad absoluta o en la inexistencia, y al contrario de estas, la nulidad

relativa se consideraba que si puede ser convalidada por confirmación y por prescripción.

La teoría de Japiot se basa, principalmente, en una crítica a la anterior teoría, señalando que la misma es imprecisa al no comprender todos los supuestos legales que realmente se presentaban en la vida jurídica, la cual divide en cinco apartados, siendo estos, como lo señala el Doctor Gutiérrez y González: el prefacio, evolución de la teoría de la nulidades, método y principio rector de un trabajo de reconstrucción, exposición de una nueva teoría y las conclusiones.⁵⁰

En el prefacio, Japiot, contrario a la teoría clásica, señala que la inexistencia y las nulidades no corresponden a la naturaleza de las cosas con la realidad, da soluciones en conjunto que deben ser objeto de soluciones particulares y no en general como lo hace la tesis clásica, puesto que en la concepción clásica se dejan de lado ineficacias que no pueden resolverse conjuntamente con las características de la inexistencia y de las nulidades.⁵¹

En la evolución de la teoría de la nulidades hace un estudio a las nulidades desde el derecho romano, derecho francés, codificación y trabajos posteriores a la codificación iniciando con ello una teoría más flexible que la teoría clásica que

⁵⁰ Japiot. *Des nullites en matiere d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Artur Rousseau, Edrt, 1909. Apud Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. Pág. 144

⁵¹ *Ibíd.* Pág. 144

comprenda los supuestos hipotéticos que no pueden adecuarse a las características señaladas por los clásicos.⁵²

En el método y principio de su trabajo de reconstrucción realiza un estudio de que el fin de la nulidad es una sanción que debe ser proporcionada a la finalidad perseguida por el legislador con la norma e intereses, ya públicos ya privados, que ataca, dado que esa finalidad de sancionar con respecto a los efectos del acto jurídico es variable, también deben ser variables las sanciones con el daño que se cause, también considera que el medio social afectado debe ser tomado en cuenta para determinar el alcance de la sanción, esto es, debe atenderse a el acto que transgreda la norma puesto que los actos no siempre producen las mismas consecuencias o efectos para las partes o para terceros, dado que no siempre se deben retraer los efectos, por salvaguardar el de los terceros, en cuanto a las causas generadoras de la nulidades, debe atenderse, no como lo hace la escuela clásica, sino que se debe atender al fin y medio establecidas en la ley por el legislador, dado que no siempre que se viola una norma de orden publico se esta en presencia de la nulidad absoluta, sino que pudiera darse el caso de se este en presencia de una nulidad relativa, esto es, debe atenderse a los intereses de la sociedad o de particulares, la imprescriptibilidad, convalidación y quienes pueden invocar la ineficacia del acto jurídico.

⁵² Ibid. Pág. 144

Elaboración de una nueva teoría, "...Propone Japiot, por consiguiente, que la nulidad se conciba como un derecho de critica sobre los efectos del acto; que se piense en la nulidad simplemente como una situación jurídica en la que se van a valorizar, criticar y regular un mayor o menor número de efectos en un acto jurídico; que, por lo tanto, de antemano se rechace la idea de que al pensar en el acto nulo se definía como un "acto privado de efectos", porque esto no es exacto, ya que el acto nulo tiene en ocasiones gran número de consecuencias jurídicas."⁵³.

En las conclusiones Japiot considera que debe desecharse la teoría clásica por dar soluciones en conjunto a problemas complejos que no se aplican a todos los supuestos señalados en la ley como actos. Debe atenderse al fin de la norma y a los intereses en presencia para determinar el grado de la sanción a imponer el cual debe ser distinto en cada situación.⁵⁴

La teoría de **Piedelievre**, en una critica a la escuela clásica, señala que ciertos actos jurídicos, al estar afectados de nulidad o de inexistencia, si producen ciertos efectos, que aún en el supuesto de que se haya declarado o constatado la nulidad o inexistencia por el juez, según el caso, no pueden destruirse todos los efectos generados por actos jurídicos que si producen efectos de forma inmediata o de forma secundaria, dejando de lado el principio romano de que "...lo que es

⁵³ Japiot. *Des nullites en matiere d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Artur Rousseau, Edrt, 1909. Apud Rojina Villegas, Rafael. Op.cit. pàg. 161.

⁵⁴ *Ibid.* Pàg. 162.

nulo en un principio no produce nunca efectos...⁵⁵. Y para poder determinar que actos jurídicos afectados de ineficacia producen ciertos efectos se debe observar la buena fe de las partes que realizan el acto, los intereses de terceras personas pues, la protección otorgada por la misma ley a terceros que pueden verse afectados con las consecuencias y efectos del acto jurídico con alguna ineficacia deben ser salvaguardados y no destruirse como lo señala la escuela clásica.

La Teoría de Julián Bonnetcase, la cual tiene mayor influencia en nuestra legislación, toma parte de los postulados de la tesis clásica, de Japiot y de Piedelievre, explicando que el acto jurídico para efectos de estudio se compara con un organismo, dejando de lado el método de estudio histórico que se venía utilizando desde la tesis clásica.

Señala el doctrinario Julian Bonnetcase, citado por el autor Rojina Villegas, que la diferencia de las ineficacias del acto jurídico deben radicar entre la inexistencia y nulidad, pues en la nulidad relativa y absoluta si existen ciertas diferencias pero no son las que la doctrina clásica señala dado que existen supuestos en que no es valido imponer el criterio rígido que dicha doctrina estudia, pues se debe de estudiar y preservar los intereses que que protege, ya sean particulares o colectivos.

Apunta además de que el método histórico utilizado por la teoría clásica es falso y que se debe dejar a un lado para estudiar el grado de ineficacia con un

⁵⁵ Rojina Villegas, Rafael. Op. cit. Pág. 162.

método organicista, pues se atienden a los elementos constitutivos del acto jurídico, toda vez que a falta de un elemento orgánico el acto es inexistente.

También señala que los efectos del acto jurídico pueden presentarse y crear consecuencias cuando se ponen en juego diversos intereses de terceros que han contratado de buena fe, dado que un acto jurídico no siempre es inexistente en forma absoluta y por tanto deben de protegerse los efectos que se han causado frente a terceras personas, degradándose de acto jurídico a hecho jurídico.⁵⁶.

El autor Miguel Pasquau Liaño, señala en su estudio sobre la teoría finalista que “En la doctrina española, como se ha dicho ya reiteradas veces, Gordillo asume y defiende lúcidamente este criterio de distinción, si bien no basta el punto de diluir el binomio nulidad/anulabilidad en el de nulidad absoluta y relativa: en realidad, el carácter absoluto o relativo de nulidad no son para Gordillo –en línea aquí con la doctrina mayoritaria– sino atributos o características de la nulidad y la anulabilidad respectivamente, y de tales atributos precisamente deduce la conveniencia de asignar a uno u otro régimen las distintas causas de invalidez en función de que lo que esté en juego sea el interés de una persona o el interés público, lo que sólo será posible si pasamos de un criterio organicista de distinción, a un criterio funcional o finalista.”⁵⁷, ya que el mismo considera que lo que

⁵⁶ Rojina Villegas, Rafael. loc.cit. Pág. 138.

⁵⁷ Pasquau Liaño, Miguel. Nulidad y anulabilidad del contrato, Editorial Civitas S.A., España 1997, Pág.195

realmente se debe de proteger y observar es el interés que se pone en juego con los efectos jurídicos de un determinado acto, pues finalmente es lo que se busca destruir, y no solo declarar la nulidad o anulabilidad de un acto jurídico sino que mas bien se trata de destruir los efectos que este pueda originar, situación por la cual se debe atender a la finalidad y no a lo elementos orgánicos del mismo acto, por que de ellos dependen los efectos que se produzcan en el mundo fáctico del derecho.

Teoría que se entendería de forma mas completa si toma en consideración que los intereses de personas afectadas con estos actos, la mayoría de las veces se perjudicarían aún mas, dado que si en un caso determinado se declara la nulidad se dejaría sin efectos el acto jurídico y al afectado se le perjudicaría de manera desmedida .

2.2 Tipos de ineficacia del acto jurídico

Una vez realizado el estudio del apartado anterior, teniendo como base el concepto de acto jurídico, y los elementos esenciales y de validez, necesarios para que se de el acto como tal, podemos analizar las consecuencias que investirían al acto en caso de que uno de los elementos mencionadas no estuviera satisfecho, para lo cual se debe determinar, y declarar en su momento, si la ineficacia del acto jurídico puede destruir sus efectos y retrotraerlos al no contar con alguno de los

elementos constitutivos del mismo, por lo que la ineficacia del acto jurídico puede devenir de la falta de un elemento esencial, que genera la inexistencia o pudiera ser que estos elementos esenciales se encuentren satisfechos pero haga falta alguno de los elementos de validez o en su caso que se encuentren presentes pero con cierta irregularidad o se contravengan disposiciones de orden publico, situación ante la cual el acto se encontrara afectado, de nulidad absoluta o de nulidad relativa, según el caso, para producir sus efectos legales, en donde surtirá sus efectos de manera provisional pero que serán destruidos retroactivamente al ser declarados así por el Juez correspondiente.

Por lo que ahora toca realizar el estudio de cada uno de los tipos de ineficacia que puede revestir en el acto jurídico, los cuales, a saber, son la inexistencia y la nulidad, ya absoluta, ya relativa, según se establezca en la ley o de acuerdo a las características precisadas por el legislador, observándose la teoría bipartita de Julian Bonnacase, esta solo contempla a la inexistencia y a la nulidad, esta ultima con su estudio de grados en absoluta y relativa de acuerdo al vicio que se presente en el acto jurídico a tratar.

2.2.1 Inexistencia

“Hay inexistencia cuando al acto jurídico le falta alguno de sus elementos esenciales que son, para todos los actos, el consentimiento y el objeto y, para

algunos actos en particular la solemnidad.”⁵⁸. Adiciona el maestro Rojas Villegas, como elemento de esencia de los actos el reconocimiento de la norma, pues concibe al igual que Kelsen, Bonnacase y Duguít este reconocimiento dado que “...si no existe este elemento, la norma permanece indiferente, el acto es inexistente en sentido jurídico...”⁵⁹, lo cual consideramos que no es necesario, pues todo nuestro ordenamiento legal regula todos los hechos y actos jurídicos, pues decir que un acto jurídico no reconocido por la norma es inexistente no es valedero para restarle validez, por que simplemente mutaría el mundo del derecho, puesto que sería similar al principio en materia penal, nulle pene sine lege, no hay pena sin ley, lo que podríamos tomarlo así -no hay sanción si no la establece la ley civil-, dado que el estado ha reconocido la mayoría de las conductas humanas y naturales que cotidianamente se presentan y por tanto las regula, por ejemplo una disposición testamentaria, compraventa, la muerte, el aluvión, avulsión, etc..

Señala el maestro Magallón Ibarra que “los actos inexistentes son aquellos que carecen de uno de sus órganos constitutivos y que no responden a su propia definición”⁶⁰, señala que esos elementos son, al igual⁶⁰ que el anterior autor mencionado, el consentimiento, el objeto y la solemnidad.

⁵⁸ Martínez Alfaro, Joaquín. Op. Cit. pàg. 126

⁵⁹ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. pàg. 129

⁶⁰ Magallon Ibarra, Jorge Mario. Instituciones del Derecho, Tomo I. Introducción. Editorial Porrúa, México, 1987. Pàg. 521.

El Doctor Gutiérrez y González menciona que hay inexistencia "...cuando al acto jurídico le faltan uno o todos sus elementos orgánicos o específicos, o sean los elementos esenciales..."⁶¹ los cuales son la manifestación de la voluntad y, en caso de dos o mas autores, el consentimiento, el objeto y la forma con carácter de solemnidad establecido en la ley.

El acto jurídico inexistente según la ley no produce ningún efecto, pero en ocasiones si producen sus efectos perjudicando intereses de terceras personas que desconocen los vicios del acto, los cuales deben ser protegidos por la ley.

El acto jurídico afectado de inexistencia, no puede ser convalidado por acto jurídico posterior a ella, tampoco desaparece su causa de inexistencia por el transcurso del tiempo, esto es, por prescripción, además puede ser reclamada por cualquier persona que tenga interés legal en que se declare la inexistencia del acto jurídico, ya que es de orden publico, y solo cuando alguna controversia se pone al conocimiento del Juzgador es cuando se debe constatar la inexistencia no antes de ello, puesto que no se ha hecho del conocimiento del juzgador, además de que esta ineficacia del acto jurídico opera de pleno derecho, esto es que solo se constata la ineficacia, destruyéndose desde que surgió la ineficacia.

⁶¹ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit Pág.152

En cuanto a que el acto jurídico no produce ningún efecto, tiene su fundamento en el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal, al señalar que:

“El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción, su inexistencia puede invocarse por todo interesado.”

Lo cual aunado a lo antes dicho y de acuerdo a lo señalado por el maestro Rojina Villegas, “...Puede el acto degradar a la categoría inferior de hecho, y habrá entonces un hecho jurídico.”⁶², lo que en un determinado momento devendría en un delito. Ejemplo Fraude. Pero es obvio que algunos actos jurídicos afectados de inexistencia producen efectos en terceras personas que deben ser valorados para el momento de la constatación de la inexistencia, pues se vulnerarían las garantías establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para esas personas a las cuales se les debe dar seguridad jurídica.

En cuanto a que la inexistencia no puede ser convalidada por prescripción, es por que el simple transcurso del tiempo no puede convertir lo inexistente en existente, puesto que lógicamente el tiempo no puede suplir ni la voluntad o consentimiento de las personas, según sea el caso, ni el objeto de un determinado acto jurídico.

⁶² Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 131.

Tampoco puede ser convalidada por ratificación, en razón de que no se trata de un vicio en un elemento de validez del acto jurídico, sino que se trata de la inexistencia del mismo por falta de un elemento esencial, situación por la que es jurídicamente imposible que se ratifique un acto que ni siquiera existe, además de que en un determinado momento como lo señala el autor citado "... si se ratificara un acto inexistente, la tal ratificación (sic) lo sería sólo de nombre, pues equivaldría a celebrar un acto por primera vez."⁶³.

En cuanto a que la inexistencia la puede hacer valer cualquier interesado en que el acto jurídico sea declarado así, lo que normalmente se confunde con que todo el mundo la puede invocar, es erróneo ya que de acuerdo con el artículo 1, fracción cuarta, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, solo los individuos con interés jurídico demostrado pueden ejercitar la acción respectiva, lo que pone de manifiesto que la ineficacia del acto jurídico en estudio puede ser interpuesta por cualquier persona, siempre y cuando demuestre legalmente tener interés jurídico en ejercitar dicha acción ante el juez competente, pues de lo contrario no se admitiría a tramite el escrito de demanda en el que se denunciara o se solicitara la constatación de la inexistencia, por no cumplir con los presupuestos procesales necesarios para ello, ya que de lo contrario el juzgador no estaría en posibilidades de constatarla, por la falta de legitimación del promovente.

⁶³ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 132.

2.2.2 Nulidad absoluta

Señala el maestro Magallón Ibarra que "los actos nulos de pleno derecho son aquellos que respondiendo a la definición de ellos que da la ley y que estando provistos de sus órganos o elementos constitutivos, chocan con una regla de orden publico, por un vicio que puede destruirlos."⁶⁴, o por que vaya en contra de las buenas costumbres, pero no por ello siempre se debe de tomar como acto afectado de nulidad absoluta, sino que es necesario atender a ciertas características para ello.

La nulidad absoluta, al igual que la inexistencia, no puede extinguirse por prescripción, ni tampoco por confirmación del acto omitido que es causa de la nulidad absoluta, puede invocarse por cualquier persona que tenga interés jurídico legalmente comprobable para ello y los efectos que produzca provisionalmente serán destruidos por la sentencia que declare la nulidad.

Los requisitos señalados en el párrafo anterior son características propias de la nulidad absoluta, tal y como lo señala el artículo 2226 del Código Civil para el Distrito Federal, sin las cuales o con solo faltar alguna de ellas, no se estaría frente a una nulidad absoluta y se deberá partir de bases para determinar fehacientemente si se trata de una nulidad absoluta o de una nulidad relativa.

⁶⁴ Magallon Ibarra, Jorge Mario. Op. Cit. pàg. 321.

Resta decir que en cuanto a las características arriba indicadas, imprescriptible inconfirmable, invocación por cualquier interesado, para no incurrir en repeticiones innecesarias, debe tomarse en cuenta lo manifestado para la inexistencia, situación por la cual nos remitimos a lo señalado en dicho punto.

2.2.2.1 Causas de la nulidad absoluta

La causa de la nulidad absoluta es la falta de alguno de los elementos de validez del acto jurídico mencionados en la primer parte de este capítulo, y que son la forma, la capacidad, la licitud del objeto. Normalmente señala la doctrina que la causa principal de la nulidad absoluta es la ilicitud, esto es, que se contravenga alguna disposición legal de orden público, o que se atente contra las buenas costumbres, pero para ello se debe de tomar en cuenta no solo la contravención a las normas de orden publico sino también los intereses que se pongan en juego, pues como se presenta en el caso del capítulo cuarto del título sexto, artículo 2448 del Código Civil para el Distrito Federal, se señala que "las disposiciones de este capitulo son de orden público e interés social..." con lo cual al contravenir alguna de estas disposiciones podríamos señalar que el acto jurídico celebrado en contravención a las mismas acarrearían la nulidad absoluta, pero en un verdadero estudio apegado a la ley se puede observar que se está en presencia de la nulidad relativa, de acuerdo con lo que se viene señalando.

2.2.2.2 Consecuencias de la nulidad absoluta

La primera de las consecuencias del acto nulo es que los efectos que haya producido mientras se declaraba en sentencia definitiva la nulidad del mismo, se destruyen retroactivamente como lo establece el artículo 2226 del Código Civil para el Distrito Federal. Siempre y cuando se tomen en cuenta los derechos que se hayan originado para terceras personas que con base en el mismo acto jurídico contrataron de buena fe.

La segunda consecuencia, conforme al artículo 2239 del Código Civil para el Distrito Federal, es que las partes involucradas en la celebración del acto nulo deben reintegrarse recíprocamente lo que recibieron durante el acto declarado nulo, menciona el Maestro Rojina Villegas, que no siempre, jurídicamente, se puede realizar esta situación, y pone como ejemplo el hecho del contrato de arrendamiento declarado nulo, pues no sería posible restituir el uso y goce de la cosa y por tanto el propietario no estaría obligado a restituir la cantidad equivalente a la renta por su uso,⁶⁵ esto conforme al artículo 2240 de la misma legislación, pero si por el contrario, el acto nulo es un contrato de compraventa el cual haya sido pagado con cantidad en efectivo la restitución consistiría en que el comprado restituyera la cosa adquirida y el vendedor la cantidad recibida, a lo cual si se dará cumplimiento al mandato de la ley para la restitución de las cosas.

⁶⁵ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 134

2.2.3 Nulidad relativa

Ni el Código Civil para el Distrito Federal ni los doctrinarios nos dan un concepto de lo que es nulidad relativa, sino que la mayoría de los autores consultados siguiendo lo establecido por el artículo 2227 del Código Civil para el Distrito Federal, solo se limitan a señalar que la nulidad relativa se da cuando el acto jurídico no cumple con las características anteriores, esto es, las que se señalan para la nulidad absoluta, y como bien lo señala el Doctor Ernesto Gutiérrez y González, habrá nulidad relativa cuando el acto jurídico de que se trate pueda ser confirmado con alguna conducta posterior a la celebración del mismo, o bien, se convalide por el transcurso del tiempo, esto es, prescriba la acción para reclamar la nulidad y dicha nulidad solo puede ser reclamada por una o unas determinadas personas a las cuales les afecta el acto jurídico⁶⁶, esto es, la puede invocar solo la persona a quien afecte el mismo, pues, solo ella es quien cuenta con interés jurídico sobre el acto, que a contrario de la nulidad absoluta, que opera cuando cualquier persona la invoca con interés legítimo comprobado.

Por lo que al no tener un concepto específico para la nulidad relativa sería válido exponer aquí el señalado por el Profesor Joaquín Martínez Alfaro, quien al tratar el tema de las ineficacias del acto jurídico propone un concepto para la

⁶⁶ Gutiérrez y González Ernesto. Op. cit. Pág. 154

nulidad, por lo que "Hay nulidad cuando el acto jurídico fue otorgado con sus elementos esenciales, pero le falta algún elemento de validez."⁶⁷.

Señala el maestro Magallón Ibarra que "los actos anulables son aquellos que se celebran bajo el imperio de uno de los vicios del consentimiento."⁶⁸

2.2.3.1 Causas de la nulidad relativa

Las causas de la nulidad relativa son aquellos incidentes que se presentan al celebrarse algún acto jurídico, esto es, cuando falta alguno de los elementos de validez o que estando presentes tengan alguna irregularidad en su formación, como podría ser la forma que exige la ley para el mismo, cuando alguna de las partes es incapaz legalmente de celebrar el acto jurídico de que se trate, que al celebrarse dicho acto se presente un vicio en el consentimiento de una de las partes.

2.2.3.2 Consecuencias de la nulidad relativa

La primera de las consecuencias del acto nulo es que los efectos que haya producido mientras se declaraba en sentencia definitiva la nulidad del mismo se destruyan retroactivamente como lo establece el artículo 2226 del Código Civil

⁶⁷ Martínez Alfaro, Joaquín. Op. Cit. Pág. 127

⁶⁸ Magallon Ibarra, Jorge Mario. Op. cit. Pág. 321

para el Distrito Federal. Siempre y cuando se tomen en cuenta los derechos que se hayan originado para terceras personas que con base en el mismo acto jurídico contrataron de buena fe.

La segunda consecuencia, conforme al artículo 2239 del Código Civil para el Distrito Federal, es que las partes involucradas en la celebración del acto nulo deben reintegrarse recíprocamente lo que recibieron durante el acto declarado nulo, menciona el Maestro Rojina Villegas, que no siempre, jurídicamente, se puede realizar esta situación, y pone como ejemplo el hecho del contrato de arrendamiento declarado nulo, pues no sería posible restituir el uso y goce de la cosa y por tanto el propietario no estaría obligado a restituir la cantidad equivalente a la renta por su uso, esto conforme al artículo 2240 de la misma legislación, pero si por el contrario, el acto nulo es un contrato de compraventa el cual haya sido pagado con cantidad en efectivo la restitución consistiría en que el comprador restituyera la cosa adquirida y el vendedor la cantidad recibida, a lo cual si se dará cumplimiento al mandato de la ley para la restitución de las cosas.⁶⁹

Resta manifestar que las ineficacias del acto jurídico pueden ser invocadas como acción y como excepción, para que sea en su caso constatada o declarada y los efectos jurídicos producidos se destruyan o retrotraigan al momento de su celebración, situación a la cual se acompaña el interés legítimo de las partes en controversia para poder hacer del conocimiento de la autoridad correspondiente

⁶⁹ Rojina Villegas, Rafael. Op. cit. Pág. 134

que un determinado acto jurídico no puede surtir los efectos esperados o que en su caso los haya producido pero deben ser protegidos ciertos derechos que hayan obtenidos terceras personas al desconocer el origen de los mismos, pues de lo contrario se "... supondría una derrota de la ley frente a los hechos..."⁷⁰, ello para dar cumplimiento a lo establecido por el artículo primero del Código de Procedimientos Civiles para la entidad, pues de lo contrario no podría iniciarse ningún procedimiento para este tipo de controversias al no encontrarse presentes los presupuestos procesales necesarios para ello, o para ser declarada la nulidad o constatada la inexistencia a favor de una persona determinada, el juez debe valorar el interés, público o privado, protegido por el legislador en la ley, valiéndose además de los atributos y peculiaridades de cada caso concreto que se le presente.

⁷⁰ Pasquau Liaño, Miguel. Op. cit. Pàg. 194.

CAPITULO 3.- EL DERECHO DE PREFERENCIA DEL ARRENDATARIO EN LA TRASMISIÓN DE LA PROPIEDAD

3.1 Derecho de preferencia en la legislación civil

La legislación civil no establece el concepto de derecho de preferencia, situación por la cual es preciso y necesario remitirnos a la doctrina con la finalidad de estar en posibilidades de proporcionar un concepto, por demás sencillo, de lo que consideramos debe entenderse por derecho de preferencia. Dentro de las corrientes doctrinales encontramos algunas apoyan, respecto de este derecho, el carácter de derecho real, por que, según afirman, recaen sobre el bien inmueble objeto del derecho de preferencia y otra posición lo considera como un derecho potestativo, pues otorga a su titular la facultad de adquirir el bien, sin obligarlo a ello, pues solo lo facultan para elegir si lo hacen o no efectivo en un determinado momento, además de considerar que no tiene el titular un poder directo e inmediato sobre la cosa, incluso hay quienes afirman que se trata de un derecho personal o de crédito por exigir de una determinada persona una prestación de hacer, existen diferentes tipos de derechos, cada uno cuenta con características y elementos propios, que se observan desde su naturaleza jurídica hasta en las consecuencias que generan. Sin embargo la doctrina en estudio se ha esforzado en realizar una definición que comprenda todos los derechos de adquisición preferente en una sola, tomando en cuenta que estos derechos de preferencia

facultan a su titular para conseguir la transmisión a su favor de una cosa (res) o de algún derecho de quien fuera su dueño o titular, aún en contra de su voluntad, pagando su precio, situación, ésta última, por la cual solo operan los derechos de adquisición preferente cuando la enajenación se realiza a título oneroso y no cuando se transmite a título gratuito como en la donación.

El autor Peña Bernaldo de Quirós señala que los derechos de adquisición "Son derechos reales limitados que confieren a su titular la facultad de adquirir el dominio (o un derecho real) sobre la cosa"⁷¹.

Así el doctrinario Bustos Valdivia apunta: "los derechos reales de adquisición preferente son aquellos derechos limitativos de la propiedad que, recayendo sobre una cosa ajena, facultan a su titular para adquirir su propiedad con preferencia a un tercero, siempre que su propietario decida venderla o cuando ya ha realizado la venta"⁷² y complementa diciendo que "los derechos de adquisición preferente son derechos reales porque recaen directamente sobre una cosa y no sobre la conducta de una persona, concediendo a su titular el poder de adquirirla con preferencia un tercero. Al ser un derecho de naturaleza real, puede hacerse valer frente a todos (erga omnes), es decir, no solo frente a la persona propietaria del

⁷¹ Peña Bernaldo de Quiroz, Manuel. Derechos Reales y Derecho Hipotecario. tomo. I. Editorial Centro de Estudios Registrales Tecnos, Madrid, 1991, Pág. 723.

⁷² Bustos Valdivia, Ceferino. Derecho Civil Patrimonial. Conceptos y normativa básica. Tercera Edición, Ed. Comares, Granada 1997. Pág. 455.

bien enajenado, sino también frente a quien lo adquiriera o pretenda adquirirlo, ya que siempre siguen a la cosa, constituyendo un gravamen de la misma.⁷³.

Para el teórico Diez Picazo y Gullón: "los derechos de adquisición preferente confieren a la persona que se encuentra en una determinada situación jurídica la facultad de adquirir una cosa determinada cuando su propietario ha decidido venderla, o cuando la ha enajenado a un tercero"⁷⁴.

El doctrinario Lasarte Álvarez manifiesta: "los derechos de adquisición preferente son evidentemente derechos reales, en cuanto atribuyen al titular de los mismos un señorío parcial sobre la cosa que recae. Dicho señorío es, ciertamente muy limitado: se circunscribe en exclusiva a adquirir la cosa con preferencia frente a cualquier otra persona, en el caso de que el propietario pretenda enajenarlo a título oneroso."⁷⁵.

Como se puede observar los distintos autores citados coinciden, en la definición que plantean, en que los derechos de adquisición preferente otorgan a su titular la posibilidad de adquirir una cosa, con preferencia a cualquier otra persona, para el caso de que el dueño de ésta decida enajenarla, evidenciando en dicha definición su postura en cuanto a la supuesta naturaleza jurídica real de los

⁷³ *Ibíd.* Pág.455.

⁷⁴ Diez Picazo, Luis y Gullón, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol. III. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral. Décima Edición. Editorial Tecnos, Madrid, 2001 Pág. 511.

⁷⁵ Lasarte Álvarez, Carlos. Curso de Derecho Civil Patrimonial. Tercera edición. Editorial Tecnos, Madrid 1991 Pág. 257.

derechos en comento, pero, contrario a ello, hay quienes opinan que no se trata de derechos reales, puesto que no existe el poder directo e inmediato sobre la cosa.

Para lo cual señala el autor Moreno Quezada que "los derechos de adquisición preferente se definen como aquellos que confieren a una persona que se encuentra en una determinada situación jurídica,- como por ejemplo la de ser arrendatario, colindante, comunero, etc.- la facultad de adquirir una cosa determinada con preferencia a otra persona, por el tanteo o precio que este habría de dar, cuando su propietario ha decidido venderla -tanteo comprar una cosa por tanto precio como ofrezca otro comprador-; o bien cuando la ha enajenado a un tercero, en cuyo caso estaríamos ante la facultad de dejar sin efecto en determinados casos, la venta de una cosa después de efectuada y dentro del termino legal o convenido, previo desembolso al comprador del precio por el pagado, y en su caso, los demás gastos que procedan..."⁷⁶ y señala que en cuanto a su naturaleza jurídica "...no otorgan ningún poder directo e inmediato sobre la cosa, pero su titular puede hacerlos efectivos no únicamente contra el propietario o contra la persona que ha enajenado, sino también respecto a los sucesivos adquirentes de ellos. Son por tanto simples facultades de adquisición que

⁷⁶ Moreno Quezada, Bernardo. Curso de derecho civil. Derechos reales y registral mobiliario. Tirant lo Branco, Valencia, 1999. Pág. 491.

determinan la posibilidad de decidir la configuración de una situación jurídica y por ello se engloban dentro de los derechos potestativos.⁷⁷

Por su parte el teórico Lacruz Berdejo señala que "...los llamados derechos reales de adquisición no son, propiamente, reales y ni siquiera derechos subjetivos: después, en el sistema -con Gullon- afirmaron dichos autores que, en si mismos considerados, son simples facultades de adquisición que deben ser incluidas en la categoría de los derechos potestativos; y que, puesto que el titular puede hacerlos efectivos frente a sucesivos adquirentes de la cosa, son <<derechos de adquisición en un ámbito de eficacia que permite a su titular dirigirse contra terceros>>, pero que ello no hace posible su calificación de derecho real por cuanto no otorgan poder directo e inmediato sobre la cosa..."⁷⁸.

Y en el mismo sentido señala el autor Pascual Martín Pérez, que "los derechos de adquisición, concretados en el tanteo y el retracto, confieren a la persona que se encuentra en una determinada situación jurídica (por ejemplo, arrendatario, enfiteuta, colindante, etc.) la facultad de adquirir una cosa determinada cuando su propietario ha decidido venderla (tanto-comprar por el tanto), o cuando la ha enajenado efectivamente a un tercero. En sí mismos

⁷⁷ Ibid. Pág. 492

⁷⁸ LaCruz Berdejo, José Luis, et al. Elementos del derecho civil II, Derechos de obligaciones, volumen primero, Parte General, Teoría General del Contrato. Editorial Dykinson, Segunda edición, Madrid, 2000, Pág. 371 .

considerados los derechos del tanteo y retracto son simples facultades de adquisición que deben ser englobadas dentro de los derechos potestativos.

“Sin embargo, el titular de estos derechos puede hacerlos efectivos no únicamente contra la persona a quien el propietario ha enajenado (derecho del retracto), sino también frente a los sucesivos adquirentes de la misma. Esta eficacia frente a terceros del derecho de adquisición ha hecho que un sector de la doctrina piense que nos hallamos frente a auténticos derechos reales. En realidad, los derechos de tanteo y retracto son simples derechos de adquisición con un ámbito de eficacia que permite a su titular dirigirse contra terceros, pero ello no hace posible la clasificación antedicha, por cuanto que en ningún caso otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa.”⁷⁹

El autor Moreno Quezada establece: “se trata de derechos de adquisición con un ámbito de eficacia que permite a su titular dirigirse contra terceros, pero ello no nos faculta para calificar estos derechos como reales puesto que en ningún caso otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre las cosas”.⁸⁰

Siguiendo dicha postura del estudioso Díez-Picazo y Gullón afirma: “en si mismos considerados, son simples facultades de adquisición que normalmente se integran por imperativo de la Ley en el contenido de la situación jurídica en que se

⁷⁹ Martín Pérez, Pascual. Derecho civil, Vol. III. Derechos reales y derecho registral. Ed. Tecnos, Madrid 1984, Pág. 248.

⁸⁰ Moreno Quezada, Bernardo. Op. Cit. Pág. 492.

halla su titular. Desde un punto de vista doctrinal, estas facultades se estudian con autonomía, englobándose en la discutida categoría de los derechos potestativos. El titular de estos derechos puede hacerlos efectivos no únicamente contra el propietario o contra la persona a la que ha enajenado, sino también frente a los sucesivos adquirentes de ellos si se dan las consideraciones prevenidas legalmente. Esta eficiencia frente a terceros ha hecho que un sector de la doctrina piense que nos hallemos frente a auténticos derechos reales. En realidad todo depende del concepto de derecho real que se profese. Desde el punto de vista clásico no lo serían por cuanto en ningún caso otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa”.⁸¹

Vistas las anteriores definiciones, de las cuales se desprenden diversas posturas en relación a la naturaleza de los derechos de preferencia, siguiendo lo señalado en los últimos conceptos transcritos, podemos establecer que los derechos de adquisición preferente son aquellos derechos potestativos que confieren a una persona que se encuentra en una determinada situación jurídica, como el copropietario, coheredero, arrendatario, socios, etc., la facultad de adquirir o no una cosa o un derecho determinado, con preferencia a cualquier otra persona, pagando el precio que ésta habría de dar, cuando su propietario o titular decide enajenarla, o bien, cuando lo ha enajenado a un tercero, aún en contra de su voluntad.

⁸¹ Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio. Op. Cit. Pág. 592.

En nuestro país, en términos generales, no se ha realizado un estudio tan amplio, como en otros países, respecto a la naturaleza jurídica de los derechos de adquisición preferente, pues la mayoría de los autores no se detienen a analizar tal situación y se limitan, como Arce y Cervantes, a establecer que algunos de estos derechos, como el del tanto y el de retracto pueden clasificarse dentro de lo que denominan "derechos reales dudosos"⁸².

De acuerdo a la regulación de los derechos de adquisición preferente en el Distrito Federal, algunos de estos pueden ser considerados derechos reales y otros derechos personales o de crédito. Así, el derecho del tanto y el derecho del retracto, de acuerdo a nuestra legislación, pueden ser contemplados como derechos reales, aunque no contemplen los elementos de un verdadero derecho real, lo cual hace devenir en dudosa su aseveración en tal aspecto, pues falta en ellos el poder directo sobre la cosa, dejando sin sustento su razonamiento, denotándose su defectuosa regulación en nuestro Código Civil para el Distrito Federal.

Tradicionalmente se ha definido al derecho real como el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa, que le permite su aprovechamiento total o parcial, sin intervención de otros, y que es oponible a terceros.

⁸² Arce y Cervantes, José. De los Bienes. Pág. 14.

La propiedad es la principal manifestación de los derechos reales ya que la potestad jurídica se manifiesta con plenitud, en virtud de que su titular puede usar, disfrutar y disponer de la cosa sin necesitar de persona alguna en lo cual se puede observar el poder directo que el propietario guarda con esta, tal y como se estudio el capitulo primero de este trabajo situación por la cual considero que no se trata de un derecho real sino de un derecho potestativo, pues como se vera mas adelante, el titular de dicho derecho lo puede o no hacer valer en términos de la ley.

Por otra parte, existen derechos reales en donde el poder de su titular está limitado a usar o/y disfrutar una cosa ajena, y se encuentra autorizado para inferir lícitamente en la esfera jurídica del y para propietario al detentar el mismo, según sea la naturaleza del derecho de que se trate, pero siempre limitando el derecho de propiedad de su titular. Así es como el usufructuario, el arrendatario, el titular de una servidumbre, etc., pueden inferir lícitamente en la esfera jurídica del propietario de la cosa gravada pero siempre carecen del poder directo e inmediato de ella.

De donde se observa que los derechos del tanto y del retracto, en algunos casos, no cuentan con el poder directo e inmediato sobre la cosa, ya que en estos derechos el titular no puede interferir, en virtud de la concesión que al efecto le da la Ley en algunos casos como simple tenedor, en la esfera jurídica del propietario

de la cosa, puesto que este no posee para sí pues lo que realmente hace es una detentación en nombre de otro, situación por la cual no tienen el poder directo e inmediato sobre la cosa el cual es necesario para que puedan considerarse derechos reales. Asimismo los derechos del tanto y de retracto pueden hacerse valer contra futuros adquirentes, teniendo su titular la acción persecutoria, en base a la oponibilidad frente a terceras personas, característica que se observa en los derechos reales, pero no por ella se deben de considerar como tales los derechos de adquisición preferente, puesto que les hace falta el poder directo e inmediato sobre la cosa.

En términos generales se puede establecer que los derechos de adquisición preferente tienen las siguientes características: a) Son derechos potestativos porque confieren a su titular simplemente la facultad de adquirir el dominio u otro derecho mediante una declaración de voluntad, es decir, cuando se dan determinadas circunstancias, el hacerse o no dueño o titular de determinado derecho depende de la voluntad de su titular; b) Pueden ser derechos personales o de crédito, si se establece que otorguen a su titular la posibilidad de exigir del actual dueño determinado comportamiento, quedando menoscabado el dominio, ya que en este caso, si el dueño enajena la cosa a un tercero, el tercero la adquiere porque el enajenante esta posibilitado para transmitirla, sin perjuicio de los efectos de incumplimiento de la obligación; c) Sólo se otorgan en caso de que la enajenación sea a título oneroso, por lo que nunca existirán en caso de que ésta

sea título gratuito; d) Son derechos limitados, dado que solo se aplican a la cosa sobre la cual recaen; e) Limitan el derecho de propiedad del titular, en virtud de menoscabar la facultad de disposición sobre la cosa.

Existen diferentes tipos de derechos de adquisición preferente, los cuales tienen, además de las características señaladas, otras por las que pueden ser diferenciados unos de otros, así podemos encontrar el derecho del tanto y el derecho del retracto, derecho de preferencia a favor del arrendatario, todos de origen legal y el derecho de preferencia por el tanto, el cual deriva de un acto volitivo, esto es, tiene un origen convencional.

Para el estudio del presente trabajo, el Código Civil para el Distrito Federal establece los siguientes derechos de adquisición preferente: 1) Derecho del tanto; 2) Derecho de retracto; 3) Derecho de preferencia para el arrendatario; y 4) Derecho de preferencia por el tanto; señalando desde este momento que respecto del derecho de retracto solo se hace mención en el Código Civil, teniendo en consecuencia, como se comentó al inicio de este capítulo, que acudir a la jurisprudencia y doctrina para su estudio y aplicación.

El derecho de preferencia a favor del arrendatario es la facultad otorgada por la ley a los inquilinos, que hayan durado en arrendamiento durante tres años y se encuentren al corriente en el pago de las rentas, para adquirir con antelación a

terceras personas el inmueble dado en arrendamiento en caso de que el arrendador-propietario convenga en enajenarlo, pagando el titular de este derecho el mismo precio que el adquirente este dispuesto a pagar y en las mismas condiciones y modalidades, pero resulta ser que este derecho de adquisición preferente limita el derecho de propiedad del arrendador en virtud de limitar el derecho de libre disposición que no encuentra cabida en la legislación civil por desvirtuar la relación contractual existente entre el arrendador y el propietario, tema que se analiza con detenimiento en el siguiente capítulo.

De los anteriores derechos de adquisición preferente mencionados, en este trabajo solo se hará el estudio en específico del derecho del tanto, derecho de retracto y del derecho de preferencia de los arrendatarios (este se estudia en el siguiente capítulo), puesto que estos son la base de esta investigación y solo se menciona brevemente el derecho de preferencia por el tanto, pues, consideramos que este es el derecho de menor aplicabilidad en la práctica actual.

El derecho de preferencia por el tanto, regulado en los artículos 2303 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal, se pacta en un contrato de compraventa generando para el comprador la obligación de no vender la cosa adquirida sin antes dar aviso de su voluntad de venderla a la persona de la cual adquirió, o de otra persona que éste señale al momento de celebrar el mencionado

contrato de compraventa, quienes en todo caso, serían los titulares de tal derecho de adquisición preferente.

De esta forma señala el Doctor Gutiérrez y González que el derecho de preferencia por el tanto "es la facultad pactada en un contrato traslativo de dominio, para que el enajenante adquiera la misma cosa que enajeno, con preferencia que un tercero, si fuere el caso de que el adquirente deseara volver a enajenarla o bien, es también la facultad otorgada a una persona, por el titular de un derecho transmisible si es que este deseara enajenar, para que adquiera si lo desea, con preferencia a cualquiera otra persona, ese derecho"⁸³.

De donde se observa que el autor mencionado distingue a la facultad pactada de un contrato de la facultad generada por un acto unilateral de voluntad, en ambos supuestos, la inobservancia de este derecho trae como consecuencia el pago de los daños y perjuicios ocasionados a su titular, consecuencia que el propio Código civil para el Distrito Federal establece en forma genérica por el incumplimiento en las obligaciones de no hacer.

⁸³ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. Pág. 388.

3.2 Derecho del tanto

3.2.1 Concepto

El derecho del tanto es aquel que faculta a su titular para adquirir con preferencia a cualquier otra persona el objeto sobre el que recae, pagando un mismo precio, o un mismo tanto, es decir, tanto cuanto pagaría el tercero por éste (el mismo precio y en las mismas condiciones), debiéndose otorgar sólo entre personas que son titulares de iguales o similares derechos respecto del objeto y nunca entre personas que no tengan entre sí esa categoría, porque como bien apunta Zamora y Valencia: "se rompe el equilibrio jurídico"⁸⁴.

La existencia del derecho del tanto es motivada en mantener la intimidad de los sujetos que se encuentran en determinada situación jurídica, como es el caso de los copropietarios, herederos, socios, etc., ya que se trata de impedir que ingrese a formar parte en esa comunidad un extraño que podría dar lugar a dificultades entre los demás, y además trata de extinguir dicha situación de pluralidad de sujetos titulares de un derecho en virtud de que se consideran perjudiciales.

⁸⁴ Zamora y Valencia, Miguel. Contratos Civiles. Editorial Porrúa, México, 2000, Pág. 501

El teórico Silva Segura señala: "el derecho del tanto se funda en la utilidad social de conservar los bienes en la familia, de no dividir excesivamente las propiedades y de consolidar los derechos"⁸⁵.

La doctrina de nuestro país considera que el derecho del tanto es el derecho de adquisición preferente más importante, ya que solo se otorga a quien tenga un derecho real sobre el bien que se pretende vender o un derecho similar que por amplio e importante, el legislador trata de preservar y evitar conflictos por el ejercicio que de él pueden llegar a hacer varias personas, y por tal, existe un mayor estudio de este derecho que de los demás derechos de adquisición preferente.

Para el Doctor Gutiérrez y González el derecho del tanto es: "el derecho que se confiere por la ley a los comuneros (copropietarios, herederos, socios) para adquirir en igualdad de base que un tercero, la parte de comunidad que un comunero desee enajenar."⁸⁶

El autor Lacruz Berdejo apunta: "derecho de tanteo es el derecho que concede la ley a personas que se encuentran en determinadas circunstancias para adquirir una cosa cuyo dueño haya convenido vender, en condiciones también convenidas,

⁸⁵ Silva Segura, Enrique. Acciones, Actos y contrato Sobre Cuota. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1985 Pág. 231.

⁸⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit. Pág. 385.

a otro comprador, cuya proyectada posición contractual y esperando efecto adquisitivo desplaza en su favor el titular de aquel derecho al ejercitarlo⁸⁷.

El término "tanto" significa igualdad, esto es, el titular del derecho debe dar tanto como un tercero está dispuesto a hacerlo, pero dicha igualdad no solo debe ser en cuanto al precio sino en todos los sentidos, en cantidad, en oportunidad, en lugar, en forma, en calidad, etc.

En este sentido el doctrinario Peña Bernaldo de Quirós establece: "el tanto, significa el mismo precio y condiciones que el tercero, cuando el dueño pretenda enajenarlo"⁸⁸.

El derecho de tanto no implica que el objeto sobre el cual recae tenga que ser enajenado por su propietario, sino que, para el caso de que este quiera venderlo, habrá de respetar el derecho preferente que tiene el titular de derecho del tanto para poder adquirirla con antelación a cualquier otro. Por ello el dueño de la cosa está siempre obligado a notificar su intención de venta, así como las condiciones en que se quiere realizar, y en consecuencia, dicho derecho siempre se hará valer antes de que se produzca la enajenación del objeto, limitando el poder de disposición de su propietario y de libre elección para su venta, eso es, limita la autonomía de la voluntad, puesto que si desea enajenarla no podrá transferirla a

⁸⁷ Lacruz Berdejo, José Luis, Op. Cit. Pág. 327.

⁸⁸ Peña Bernaldo de Quirós, Manuel. Op. Cit. Pág. 741.

otra persona distinta del titular del derecho del tanto, siempre que este quiera adquirir el objeto en ejercicio de su derecho.

El derecho del tanto es de origen estrictamente legal, ya que solo encuentra su fundamento en la ley, y no se puede pactar entre los contratantes, con sustento en la teoría de los *numerus clausus* que en nuestro sistema jurídico rige.

Arce y Cervantes señala: "el derecho del tanto es un derecho de excepción a la norma común que faculta a un propietario a disponer de sus bienes, puesto que la elección del adquirente no corresponde al dueño sino a la ley. En consecuencia, se impone la interpretación estricta de las normas o leyes que lo regulen o como lo dispone el artículo 11 del Código, no son aplicables a caso alguno que no este expresamente especificado en las mismas leyes."⁸⁹.

Por lo que el derecho del tanto solo se aplica en los casos expresamente establecidos en los artículos 771, 973, 1005, 1292 y 2706 del Código Civil para el Distrito Federal, que mas adelante se trataran de manera particular.

El derecho del tanto tiene lugar únicamente cuando el titular del derecho que se pretende enajenar desea hacerlo a un extraño. Lo anterior se observa claramente en lo dispuesto por nuestro Código Civil para el Distrito Federal. Arce y Cervantes señala en este aspecto: "en ninguno de los preceptos que han servido

⁸⁹ Arce y Cervantes, José Luis. Op. Cit. Pág. 87.

de precedentes hemos encontrado disposición diversa. Igualmente los vigentes artículos 973 y 2279 de la misma legislación lo conceden exclusivamente cuando se trata de enajenar o de vender a extraños y la significación de este último término es suficientemente clara para interpretarla.⁹⁰.

3.2.2 Titular del derecho del tanto

Dentro de este tema encontramos que para determinadas relaciones jurídicas existen determinados titulares del derecho del tanto, puesto que de la misma forma en que se inicio su estudio conforme a la legislación civil aplicable al Distrito Federal, tenemos que las personas que pueden ser titulares del derecho del tanto son los copropietarios, coherederos, usufructuario, los socios, los propietarios de los predios colindantes a una vía pública y los aparceros, pasando a estudiar el derecho de cada uno de dichos titulares, aunque anticipamos, que de estos últimos no se encuentran las características que se observan en el derecho del tanto.

Mediante el derecho del tanto se trata de evitar conflictos entre los titulares de los derechos que la ley estima importantes, como son los derechos reales, específicamente los de propiedad y de usufructo, y aquellos que por su trascendencia social y económica podrían equipararse a ellos, sobre una universalidad jurídica o de hecho, como es el caso de los herederos y de los socios.

⁹⁰ *Ibíd.* Pág. 93

Para los copropietarios, como se comentó en el primer capítulo, hay copropiedad, dispone el artículo 938 del Código Civil para el Distrito Federal, cuando una cosa o un derecho pertenecen pro-indiviso a varias personas.

Señala el maestro Domínguez Martínez que el texto de dicho precepto puede entenderse: "hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenezcan, sin división material de partes, a varias personas"⁹¹. Cada participe respecto de la cosa tiene una cuota o parte alícuota, sobre el todo, en especie de síntesis de todo el derecho, debido a que es condueño de toda la cosa.

Establece el estudioso Rojina Villegas: "la parte alícuota es una parte ideal determinada desde el punto de vista mental aritmético, en función de una idea de proporción. Podría decirse que es una parte que solo se representa mentalmente, que se expresa por un quebrado que permite establecer sobre cada molécula de la cosa una participación de todos y cada uno de los copropietarios, cuya participación variará según los derechos de estos. Por ejemplo, dos personas tienen copropiedad sobre una cosa por partes iguales. La parte alícuota representa la mitad; pero no desde el punto de vista material. Pues esto haría cesar la copropiedad y daría lugar a que la cosa quedase dividida perteneciendo exclusivamente, en cada una de sus mitades, a los copropietarios."⁹².

⁹¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil Parte General, Personas, Cosas, Negocios Jurídico e Invalidez. Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1994. Pág. 373.

⁹² Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 345.

Si un copropietario pretende enajenar su parte alícuota que le corresponde, sus partícipes deben ser preferidos a cualquier tercero para adquirir esta en igualdad de condiciones, lo que, como se ha mencionado, constituye el derecho del tanto, pues los condueños gozan de dicho derecho, a los cuales se debe notificar por vía de notario público y judicialmente la venta que se pretenda realizar a una persona extraña, para que, el o los titulares del derecho, dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurrido el plazo de los ocho días, por el solo lapso del término se pierde el derecho, además, señala el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 973 "Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno", pero para el caso de que varios propietarios de la cosa indivisa hicieren uso del derecho del tanto, será preferido el que represente mayor parte, y siendo iguales sus porciones, el designado por la suerte, salvo convenio en contrario. (Artículo 974)

Como se observa, del artículo 973 se establece que los copropietarios "no pueden enajenar", lo que se refiere a cualquier acto traslativo de dominio, pero posteriormente menciona dos veces la palabra "venta". Pasando de lo general a lo particular, de lo que podría desprenderse que la venta es el único acto que puede dar origen al derecho del tanto concedido a los copropietarios. Considero, sin embargo, que el derecho del tanto de los copropietarios nace siempre que la prestación que el tercero este dispuesto a dar consista en la entrega de bienes fungibles o en realizar un hecho que admita la sustitución del obligado.

En el mismo sentido el autor Arce y Cervantes señala: "No solamente opera en caso de venta sino que, por regla general, existirá el derecho del tanto siempre que la contraprestación consista en la entrega de cosas fungibles o de obligaciones de hacer de aquellas que admiten sustitución en el obligado (2027 y 2064) o, finalmente, de obligaciones de no hacer, cuyo cumplimiento tenga para el enajenante el mismo efecto patrimonial sea quien fuere el que la cumpla. No basta que la contra prestación tenga el mismo valor teórico sino que tendrá que ser, además en los mismos términos, condiciones y modalidades y con equivalentes garantías que ofrecía el presunto adquirente y de modo que el enajenante quede obligado en esos mismos términos en los que iba a estarlos. Un cambio en estos modos de ser, traería como consecuencia una mutación en la contraprestación. Dijimos contraprestaciones de cosas fungibles por regla general, porque es posible que en determinados casos, aun tratándose de cosas no fungibles, puede el tanteador ofrecer igual prestación que la que ofreció el extraño. En esta hipótesis, es lógico que subsista el derecho del tanto. Conviene notar que para estos supuestos es aplicable la regla que rige en materia de pago, a saber, que el enajenante no esta obligado a recibir cosa distinta a la debida –y en este caso de la ofrecida por el extraño- aunque sea de mayor valor (2012)⁹³.

⁹³ Arce y Cervantes, José. Op. Cit. Pág. 90.

Por lo que se refiere a la violación por inobservancia de este derecho, el artículo 973 del código en cita, señala que "mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno.", situación en la cual considero existe cierta confusión, pues, de acuerdo a lo analizado en el segundo capítulo del presente trabajo, nos encontramos ante un caso de inexistencia, al no surtir efecto legal alguno, pues así lo establece la ley por ser los únicos actos jurídicos que no producen efectos, pero esto no puede ser posible, pues el acto que se celebre sin observación de la disposición en comento en todo caso pudiera estar debidamente integrado de sus elementos "consentimiento" y "objeto", lo cual hace devenir en que tal inexistencia nunca se presenta y por ende se debe analizar si estamos en presencia de la ineficacia de nulidad, en específico de la nulidad absoluta o relativa, pero tomando en cuenta que las características señaladas en el artículo 2226 del Código Civil para el Distrito Federal no se presentan en el acto jurídico celebrado por la venta del bien, debemos determinar que realmente nos encontramos en presencia de un acto jurídico afectado de nulidad relativa, toda vez, que la única persona que puede ejercer tal acción es el copropietario, pues es a él a quien se protege, además de que puede prescribir su acción en el término legal de ocho días a partir de la notificación que se le haga, y en el supuesto caso, también, dentro del término señalado, puede renunciar a dicho derecho, pues se trata de un derecho potestativo el cual puede ser o no ejercido por su titular (artículo 2227). Una vez quedando de manifiesto esto, podemos sustentar una

crítica a dicha regulación imperfecta en nuestra legislación, por confundirse la nulidad relativa con la inexistencia.

En este sentido Arce y Cervantes, analizando de manera muy acertada varios puntos señalados por Ferrara, establece: "En estas circunstancias habría que aplicar a la enajenación infractora las consecuencias de la anulabilidad por lo que podemos decir que tal enajenación tiene los siguientes caracteres que se desprenden de lo dicho anteriormente: a) Esta sujeta a la prescripción. La ley no fija plazo de prescripción de la acción de nulidad ni parece clara analogía de este caso con aquellos afectados también de anulabilidad para los cuales se fija un plazo de prescripción. No es aplicable a esta situación el plazo de ocho días que establece el artículo 973 del Código Civil para el Distrito Federal por que este lo es de caducidad para el ejercicio del derecho. Posiblemente fuera equitativo aplicarle los plazos de prescripción que existen para los actos viciados de error o dolo, ya que, con estos, el que se analiza tiene de común la ignorancia del perjudicado respecto a la existencia de su derecho. b) Puede convalidarse por el consentimiento que presten los condueños a la enajenación, o mejor dicho, con su declaración posterior y antes que opere la prescripción, en el sentido que no desean hacer uso del derecho del tanto. La conformidad, aun tácita, con la enajenación verificada, tendría el efecto de convalidación. c) La anulación, solo puede ser intentada por el condueño preterido que quiera y este en posibilidad de adquirir por el tanto. Ningún otro podría pedirle, ni aún los acreedores ejerciendo

la acción Pauliana para el caso de renuncia indebida de derechos (2170) puesto que el efecto de esta acción no es sino negativo; revocar el acto fraudulento; pero no alcanza a obligar a celebrar actos jurídicos como sería el caso en el que no se concibe una revocación de renuncia del derecho del tanto sino viene seguida de una adquisición posterior del dueño⁹⁴.

Por lo que hace al derecho del tanto otorgado a los herederos, debemos entender que al fallecer alguna persona, sus herederos adquieren derecho a la masa hereditaria, transmitiéndose los derechos y obligaciones de este. Pueden los herederos validamente enajenar este derecho de la masa hereditaria, pero no pueden enajenar las cosas que forman la sucesión.

El autor Aspron Pelayo señala: "El artículo 1289 autoriza a los herederos a disponer de su porción desde el momento mismo en que ya sean herederos, desde el momento mismo de la muerte del autor de la herencia."⁹⁵

En caso de que algún heredero decida enajenar su derecho a la masa hereditaria a un tercero los demás coherederos gozan del derecho del tanto. La regulación del derecho del tanto otorgado a los coherederos es más extensa en cuanto a su contenido que la de los copropietarios y se encuentra establecida en el Código Civil para el Distrito Federal en los artículos 975, que solamente lo remite

⁹⁴ *Ibíd.* Pág. 99.

⁹⁵ Aspron Pelayo, Juan Manuel. Sucesiones. Segunda edición. Editorial Mcgraw Hill, México, 2001 Pág. 9.

a las disposiciones relativas de los herederos, por su parte el artículo 1292 que indica su procedencia, forma de notificarlo y el artículo 1293 da solución para el caso de que dos o más herederos quisieren hacer ejercicio de su derecho adquirir los derechos en venta, que prácticamente es idéntica a la de los copropietarios, sin que se permita el convenio que a estos si se les otorga, pero dicho derecho no opera cuando la venta se hace a otro coheredero (1294).

En este caso el Código Civil para el Distrito Federal es claro y solamente otorga el derecho del tanto a los coherederos en caso de venta de derechos hereditarios, sin embargo, como hemos comentado, consideramos que puede existir cuando la prestación que el tercero esta dispuesto a realizar consiste en la entrega de bienes fungibles o en realizar un hecho que admita la sustitución del obligado, siempre y cuando se origine el mismo efecto en el patrimonio del enajenante sea quien fuere el adquirente.

Por lo que hace a la notificación, el derecho del tanto de los coherederos es mas flexible ya que permite que, además de que pueda realizarse de manera judicial o notarial, se realice por medio de dos testigos.

Ahora bien, por lo que se refiere a los efectos que pueda o no surtir el acto jurídico de venta celebrado en vulneración del derecho del tanto de los coherederos el artículo 1292 del Código Civil para el Distrito Federal en su última

parte se limita a señalar que este será nulo, pero no refiere a que tipo de nulidad se refiere, por lo cual y en los mismos términos que en el derecho de los copropietarios podemos afirmar que se trata de nulidad relativa, de donde el acto jurídico que se haya celebrado si producirá efectos provisionales (artículo 2227).

El usufructo, dispone el artículo 980 del Código Civil para el Distrito Federal, es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos.

El maestro Rojina Villegas define el usufructo de los siguientes términos: "es el derecho real, temporal, por naturaleza vitalicio, para usar y disfrutar de los bienes ajenos sin alterar su forma ni sustancia"⁹⁶.

Señala el doctrinario Domínguez Martínez: "en virtud del usufructo el derecho de propiedad, que como se recordara, se integra por el uso, el disfrute y la disposición de la cosa, queda desgajado y de ello, el uso y el disfrute pasan a ser de la titularidad del usufructuario; el propietario conserva la disposición del bien; en este supuesto cuando hay propietario y usufructuario, el primero suele designársele nudo propietario; con ello se alude a un sujeto cuyo derecho de propiedad esta desprovisto de algunos de sus elementos, precisamente el uso y el disfrute que así entendido o arropan."⁹⁷.

⁹⁶ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 433.

⁹⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. Pág. 413.

El nudo propietario de algún bien en que otro tenga el usufructo puede enajenar su derecho, siempre que se conserve el derecho real de usufructo. En este caso de enajenación de la nuda propiedad, el usufructuario goza del derecho del tanto, aplicándose en el conducente lo dispuesto en el artículo 973 relativo al derecho del tanto de los copropietarios pues así lo dispone el artículo 1005 del Código civil para el Distrito Federal. Situación por la cual nos remitimos al estudio del mismo a fin de no ser repetitivos en el tema.

En cuanto a los socios, se debe tener en cuenta que, de acuerdo al artículo 2688 de la legislación citada, una sociedad civil es aquella donde los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial.

En caso de que algún socio de una sociedad civil desee ceder sus derechos, tiene que obtener previamente el consentimiento de sus coasociados, sin el cual tampoco puede admitirse nuevos socios salvo que se haya estipulado lo contrario. En caso de cesión de los derechos que desee realizar algún socio debe respetar el derecho del tanto del que gozan los demás socios, en los términos establecidos en el artículo 2706, el cual establece la procedencia del derecho del tanto en caso de que algún socio desee ceder los derechos que le corresponden en la sociedad, el plazo para su ejercicio y la solución para el caso de que varios

socios quisieren adquirir los derechos en venta, por lo que será necesario tener en cuenta lo dispuesto para el caso de venta de derechos de copropiedad y hereditarios, para lograr su adecuada aplicación, así como para determinar el tipo de ineficacia que tendrá el acto jurídico celebrado en contravención a este artículo.

Respecto al derecho de adquisición preferente concedido por el Código Civil para el Distrito Federal a los propietarios de predios colindantes a una vía pública y a los aparceros, la mayoría de los autores considera que no son propiamente un derecho del tanto puesto que no tienen las características de este, como se observa en el texto de los artículos 771, 2750 y 2763, que los regula en los siguiente términos:

"Artículo 771. Cuando conforme a la ley pueda enajenarse y se enajene una vía pública, los propietarios de los predios colindantes gozaran del derecho del tanto en la parte que les corresponda a cuyo efecto se les dará aviso de la enajenación. El derecho que este artículo concede deberá ejercitarse precisamente dentro de ocho días siguientes al aviso. Cuando este no se haya dado, los colindantes podrán pedir la rescisión del contrato dentro de los seis meses contados desde su celebración."

"Artículo 2750. Al concluir el contrato de aparcería el aparcerero que hubiere cumplido fielmente sus compromisos goza del derecho del tanto si la tierra que estuvo cultivando va ser dada en nueva aparcería".

"Artículo 2763. En el caso de venta de los animales, antes de que termine le contrato de aparcería disfrutaran los contratantes del derecho del tanto".

En cuanto al derecho otorgado a los propietarios de predios colindantes a una vía pública que se desee enajenar se observa que en caso de no ser respetado, su titular podrá pedir la rescisión del contrato y no la nulidad de este, siendo clara la diferencia entre una u otra ya que mientras que en caso de rescisión, el contrato respectivo es perfectamente creado con sus elementos de existencia y validez, surtiendo todos sus efectos, en la nulidad se presenta la falta de uno de los elementos de validez o vicios en ellos.

Por lo que se refiere al derecho otorgado al aparcerero tenemos primero que recordar que el contrato de aparcería rural puede ser agrícola si el bien entregado al aparcerero para su cultivo es un bien rústico o de ganado si los bienes entregados a éste, para su cuidado o alimentación, son animales; por lo que no podremos hablar de un derecho del tanto para el caso de que el predio rústico vaya a darse en nueva aparcería, ya que solamente se otorga preferencia para la celebración del nuevo contrato, mas no para la adquisición de la propiedad, en el segundo caso, es decir, de aparcería rural de ganados, que establecen correctamente que el derecho de preferencia se otorga a los contratantes, sin señalar a cual de estos, aunque es obvio que a favor del aparcerero, no es concebible que su violación produzca la nulidad del acto, pues quizá al momento de declararse ésta los animales ya no vivieran o ya no sirvieran para lo que se les necesita.

Situaciones por las que no es posible considerar como un verdadero derecho del tanto al derecho de preferencia otorgado a estos, pues no se encuentran en estas relaciones jurídicas los elementos para que opere este derecho del tanto.

3.2.3 Tiempo para ejercitar el derecho del tanto

En general, para que se pueda ejercitar el derecho del tanto es necesario que el que pretenda enajenar el objeto sobre el cual recae, el propietario de la cosa, le de a conocer las características de la enajenación pactada al titular del derecho del tanto por medio de una notificación, la cual en la mayoría de los supuestos deberá realizarse con la intervención de un notario público o por vía judicial y en algunos casos, ante dos testigos, como sucede con los coherederos, esto para demostrar que se realizó fehacientemente la notificación requerida legalmente, y así dicha persona se encuentre en posibilidad de decidir si desea o no adquirir el objeto que se enajena, pues recordemos que se trata de un derecho potestativo.

El derecho del tanto debe ejercitarse dentro de los ocho días naturales, pues la ley no dispone que se tenga que realizar en días hábiles, siguientes a aquel en que se ha efectuado la notificación de la venta comprometida.

Al respecto el maestro Domínguez Martínez menciona: "todo partícipe tiene un plazo de ocho días para hacer uso del derecho del tanto. Debemos entender que esos ocho días son naturales por mas de una razón; si fueran días hábiles a ello debía hacerse mención expresa en el dispositivo; además porque no es el caso de que para el ejercicio hubiera necesidad de acudir ante alguna autoridad administrativa o judicial para desahogar algún tramite, supuesto este en que si debíamos considerarlos como hábiles."⁹⁸.

Si en los ocho días legalmente previstos para ejercer el derecho del tanto, no hay interés por parte de los titulares de tal derecho, el pretendiente enajenante podrá celebrar la operación con toda la libertad con quien la hubiera convenido.

Para que la aceptación del derecho del tanto haga nacer la obligación del enajenante de transmitir la cosa o el derecho de que se trate al titular, debe ser entregada al futuro enajenante dentro del plazo que se ha mencionado, de ocho días, puesto que por el solo transcurso de ese tiempo, sin manifestar su aceptación, se pierde el derecho. Además dicha aceptación debe ser lisa y llana en términos de lo establecido por el artículo 1810 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable a este caso, que dispone que cualquier modificación, a los términos propuestos implica negativa de aceptación.

⁹⁸ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. cit. Pàg. 379.

El titular del derecho del tanto que acepta adquirir el objeto que se enajena, obliga a el enajenante a transmitírselo, ya que simplemente substituye al tercero adquirente, pagando o entregando lo que éste entregaría al primero.

Sin embargo, hay quien opina lo contrario, como Arce y Cervantes que señala lo siguiente; "La simple aceptación de un copartícipe no basta para obligar al condueño a enajenarle. Mas arriba quedó expuesto que el derecho procesal español, exigía la fianza o consignación del precio; y dada la naturaleza del derecho del tanto que no pretende hacer mas onerosa la condición del enajenante, sino conceder un beneficio a los condueños, nos parece que son aplicables a esta situación las reglas que establece el Código para el pacto de preferencia convencional en cuanto regulan las seguridades que debe dar el aceptante (2306). Si cuando la fuente de la obligación de enajenar es el convenio se piden esas garantías a favor del enajenante, por mayoría de razón deben exigirse cuando se trata de una obligación que se impone al obligado a un sin su consentimiento. Mas aún, tomando en consideración, por una parte, que el condueño tiene a su favor el privilegio gratuito de la ley y que por otra parte, que el condueño tiene a su favor el privilegio gratuito de la ley y que por otra, el obligado, sin posibilidad de beneficio, tiene a su cargo un deber del que podría sobrevenirle daños y perjuicios si el titular del derecho no cumpliere, a pesar de su aceptación, es de equidad exigir al beneficiado las seguridades necesarias. Por esto, opinamos que la aceptación debería hacerse con las garantías convenientes de cumplimiento. Es

decir, la ley deberá seguir en este punto las normas generales de derecho que garantizan el cumplimiento de una obligación cuando el beneficio lo recibe el que debe cumplir la obligación⁹⁹.

Por lo que se refiere a la renuncia del derecho del tanto antes de que exista una probable enajenación, hay quienes opinan que es posible toda vez que al tratarse de un derecho potestativo, queda sujeto a la voluntad del titular al querer o no adquirir el objeto que se enajena y de conformidad con el artículo 6 del Código Civil para el Distrito Federal, dicha renuncia no afecta directamente al interés público ni perjudica derechos de terceros. Pero contrario a ello, consideramos que no puede renunciarse anticipadamente un derecho que no ha nacido, sino hasta cuando se conviene sobre una futura venta, pues es ilógico jurídicamente que haya la posibilidad de renunciar a un derecho que todavía no se tiene.

Para el caso de que el titular del derecho del tanto no haya sido debidamente notificado conforme lo marca la ley y posterior a la fecha de la celebración de la enajenación se entere de la misma, no podrá ejercitar el derecho del tanto, sino que ejercitará la acción de nulidad o como de forma errónea lo señala la ley para el caso de los copropietarios la inexistencia del acto, por que según ellos ese acto no surte efecto legal alguno.

⁹⁹ Arce y Cervantes, José Op. Cit. Pág. 96.

3.2.4 Finalidad del derecho del tanto

El derecho del tanto tiene, como principal, finalidad evitar problemas a los copropietarios o cotitulares de los derechos de adquisición preferente, ofreciendo protección a los mismos contra la participación de un extraño en la cosa común, además de no prolongar los estados de copropiedad que jurídica y económicamente siempre se han estimado como perjudiciales¹⁰⁰, para lo cual podemos señalar, de acuerdo al Doctor. Gutiérrez y González, que "La copropiedad es una situación que, de no darse entre personas verdaderamente ligadas por lazos muy estrechos, afectivos, culturales o de otra índole, es realmente indeseable, pues siempre crea dificultades por la administración, uso de la cosa y beneficios de la misma. Debe fincarse la copropiedad, en una relación de identificación intelectual, profesional, o de intimidad entre los copropietarios.

"pero aún sobre ese supuesto, como por lo general aún entre las personas más allegadas surgen los conflictos, entonces siempre es preferible que la copropiedad no exista, y si existe, buscar que se extinga.

"pues bien, con tendencia a lograr esas dos ideas:

- 1º- Mantener la intimidad de los copropietarios, y
- 2º- En su caso extinguir la copropiedad.

es que precisamente se encuentra el fundamento y existencia del Derecho del tanto."¹⁰¹.

¹⁰⁰ Arce y Cervantes, José Op. Cit. Pág. 86

¹⁰¹ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit. Pág. 329.

Ahora bien, como podemos observar, el derecho del tanto al buscar la finalidad arriba señalada, da protección, solo a intereses privados, puesto que, como se hemos manifestado, este derecho lo ejercen determinadas personas que en un caso específico son quienes resultarían ser los titulares afectados por su inobservancia, por lo que solo a ellos se les concede el derecho del tanto y no así a los intereses públicos, pues la ley es explícita en señalar quienes pueden ejercer tal derecho.

3.3 Derecho de retracto

3.3.1 Concepto

Al igual que el derecho del tanto, la legislación civil de la ciudad, no da definición alguna de este derecho ni señala lo que debe entenderse por el mismo, e incluso al no estar debidamente regulado, se debe acudir a la doctrina y a la jurisprudencia con la finalidad de poder entender este derecho de adquisición preferente así como su aplicación.

En virtud del derecho de retracto su titular, llamado retrayente, puede obtener una cosa ya enajenada, indemnizando al que la ha adquirido por el precio pagado por ella, mas los gastos que le sean ocasionados en su adquisición.

Como vemos, este derecho supone ejercitar la facultad de preferencia adquisitiva una vez que la enajenación ha sido ya realizada, colocándose el retrayente en la misma posición que el tercer adquirente. Esto es, sustituye al adquirente en sus derechos y obligaciones originadas por dicha enajenación, manteniéndose todas las circunstancias y condiciones de la enajenación realizada entre propietario y tercero en términos idénticos.

En cuanto al surgimiento del derecho de retracto el autor Silva Segura señala: "el origen de este derecho, es anterior del derecho del tanto, y algunos autores quieren encontrarlo en párrafos del Levítico (cap. XXV), en los cuales el mas significativo es el que dice: Quien vendiere una cosa dentro de los muros de una ciudad, tendrá durante el año entero libertad de redimirla"¹⁰².

El doctrinario Lacruz Berdejo establece la diferencia entre los derechos del tanto y de retracto y establece su postura en cuanto a este último, en los siguientes términos: "el momento jurídico que separa al tanteo del retracto es la perfección del contrato adquisitivo, con la consiguiente posibilidad de que haya operado ya la transmisión del dominio, incluso, de la posesión. El tanteo supone un acuerdo de voluntades en potencia; hay, entre vendedor y comprador, algo mas que unos tratos preliminares: la decisión, irrevocable entre ellos, de vender y comprar- con los elementos esenciales (cosa, precio) bien determinados- si el titular no ejercita el tanteo: solo falta el otorgamiento y, por tanto, la transmisión

¹⁰² Silva Segura, Enrique. Op. Cit. Pág. 232.

posesoria y la adquisición dominical. En cambio, el retracto requiere perfección contractual - consentimiento, objeto y causa, al que puede haber seguido tradición (instrumental, en su caso): adquisición pues, del dominio e, incluso, efectiva toma de posesión material por parte del comprador; este es, por tanto, no solo apartado, sino desplazado y sustituido por el retrayente, que viene a ocupar su posición jurídico contractual y, en su caso, en la relación real, pagando el precio por aquel abonado y los restantes pagos del legítimo abono. Supone algunos autores que en su fase de retracto el titular recibe la cosa no del enajenante sino del adquirente desplazado, verificándose, por tanto, dos transmisiones sucesivas. Sin embargo, los precedentes históricos -cómo su misma ratio- confirman claramente el sentido del "derecho a subrogarse" como sustitución de un comprador por otro, en un mismo negocio jurídico, mejor, en la relación resultante del negocio inicial. Desde luego, el tratamiento fiscal responde a esta concepción, pues no se paga dos veces el impuesto de transmisiones patrimoniales"¹⁰³.

El maestro De Ibarrola apunta: "el retracto es el derecho que tiene cualquiera de los copartícipes, ya realizado el contrato mediante el cual su copartícipe vendió su parte a un extraño, a substituirse a este en cuanto a los derechos y obligaciones asumidos en el contrato."¹⁰⁴.

¹⁰³ Lacruz Berdejo, José Luis, Op. cit. p. 328.

¹⁰⁴ De Ibarrola, Antonio. Cosas y Sucesiones. Décimo tercera edición, Editorial Porrúa. México, 2002. Pág. 411.

Gutiérrez y González, señala en nota al pie de pagina que "el derecho de retracto, es también un derecho de preferencia, que tiene una persona para adquisición de una cosa cuando su dueño la ha enajenado, subrogándose en el lugar del comprador...mediante la entrega del mismo precio que éste entregó, más los gastos que se le pudieran ocasionar."¹⁰⁵.

Consideramos que el derecho de retracto es aquel derecho de adquisición preferente que faculta potestativamente a una determinada persona para la adquisición de una cosa o un derecho cuando su dueño o titular la ha enajenado, sustituyendo, el retrayente, al comprador mediante la entrega a éste del precio, más los gastos que haya asumido en virtud de la enajenación, pero sin que se genere una acción resolutoria, ni una obligación legal impuesta a determinados compradores de revender la cosa al retrayente, ya que solo hay una venta y solo cambia en ella la persona del comprador.

El derecho de retracto aparece regulado por primera vez en nuestra legislación en la Ley sobre el Régimen de Propiedad y Condominio de los Edificios divididos en Pisos, Departamento, Viviendas y Locales, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 5 de Diciembre de 1954, que establecía:

"Artículo 22. En caso de que un propietario deseara vender su piso. Departamento, vivienda o local, lo notificara al individuo por medio del administrador del edificio, de notario o judicialmente

¹⁰⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit. Pág. 384

con expresión del precio ofrecido y demás condiciones de la operación, a efecto de que, de los diez días siguientes, manifieste si hace uso del derecho del tanto.”

“Artículo 23: Si el piso, departamento, vivienda o local se enajenare con infracción a lo dispuesto en el artículo anterior, el inquilino podrá subrogarse en el lugar del adquirente, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato de compraventa, siempre que haga uso del derecho de retracto, con exhibición del precio, dentro de los quince días siguientes al en que haya tenido conocimiento de la enajenación. Los notarios se abstendrán de autorizar una escritura de compraventa de esa naturaleza si antes no se cercioran de que el vendedor ha respetado el derecho del tanto.”

La Ley de Propiedad de Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, en vigor, no establece ya el derecho de retracto, a diferencia de la ley anterior.

Actualmente, el artículo 2448-J del Código Civil para el Distrito Federal establece este derecho a favor del arrendatario que no se le ha respetado el derecho de adquirir preferentemente el inmueble arrendado conocido como derecho de preferencia, consideramos derecho del tanto arriba analizado, siendo el único ordenamiento vigente en el Distrito Federal que establece este derecho, pero en ninguna de sus partes refiere la forma en que debe de aplicarse o ejercerse.

El derecho de retracto tiene origen legal, dado que solo se regula en la legislación Civil del Distrito Federal, además de que no se puede constituir por voluntad de las personas, situación que en otros países se permite de manera

expresa y que se le denomina retracto convencional o pacto de retroventa, lo cual se encuentra expresamente prohibido por nuestro ordenamiento civil.

3.3.2 Titular del derecho de retracto

Respecto de este tema, es necesario recalcar, que actualmente, el derecho de retracto, en nuestra legislación, solamente se encuentra establecido en el artículo 2448-J del Código Civil para el Distrito Federal, tal y como antes señalamos, situación por la cual el único titular de este derecho, en nuestra legislación, es el arrendatario, surgiendo este derecho en el mismo momento en el que se realiza la operación de enajenación y se tiene conocimiento de la operación realizada (en específico de la compraventa) por parte del propietario del bien inmueble arrendado, siempre que haya sido respetado el derecho de preferencia, derecho del tanto afirmamos en el estudio correspondiente, para adquirir la cosa dada en arrendamiento, adquiriendo en las mismas condiciones que haya adquirido otro.

En legislaciones de otros países, como España, existen, a parte del arrendatario, otros titulares como los comuneros o copropietarios, los coherederos, los socios, los colindantes, el enfiteuta. En los cuales, al igual que en el derecho de preferencia otorgado al arrendatario, nace al momento de celebrarse la operación de enajenación y su término se empieza a contar desde el instante en que el retrayente olvidado tiene conocimiento de dicha operación.

3.3.3 Tiempo para ejercitar el derecho de retracto

En el Código Civil para el Distrito Federal no existe disposición expresa que establezca la forma de ejercitar el derecho de retracto, sin embargo, por disposición legal, este derecho se puede ejercer desde el momento en que se tiene conocimiento de la operación de enajenación hasta sesenta días después de dicha fecha.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en resolución del amparo directo 3761/59, ha establecido que en el ejercicio de la acción de retracto es condición sine qua non que se exhiba el precio con la demanda, puesto que el actor va a subrogarse en los derechos del comprador por efecto de la sentencia.

Por otra parte, hay quien considera que el plazo para ejercitar la acción de retracto es de diez años que la ley señala para la prescripción en general de las acciones, pero no considero que esto sea aplicable en el presente caso, pues como se desprende del artículo 2448-J de la legislación citada, existe un plazo de prescripción, caducidad señala Gutiérrez y González¹⁰⁶, el cual es de seis meses, contados desde el momento en que el retrayente tenga conocimiento de la enajenación, y toda vez que existe un precepto específico para tal situación se

¹⁰⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit. Pág. 1058

debe de considerar que solo se tienen estos seis meses y no los diez años como se menciona erróneamente.

Además de que el titular del derecho de retracto al ejercitar la acción correspondiente debe exhibir, en la demanda que interponga, el precio del objeto que se quiere retraer, gastos, honorarios, derechos e impuestos que en virtud de la enajenación el tercero haya realizado, para estar en posibilidad de desplazar la venta a su favor, lo cual en otros países se establece en forma expresa, elemento sin el cual no debe darse entrada a dicha demanda, pues causaría un retardo en los efectos e intereses de los contratantes y que en un determinado momento sería motivo de juicios sin razón alguna, pues la persona que adquirió el inmueble que se pretende retraer se vería afectado en su patrimonio demandando a su vendedor, por un lado, por daños y perjuicios, la rescisión del contrato de compraventa, el cobro de alguna pena convencional señalada en dicha operación y por otro el adquirente sufriría retardo en el uso, goce y disposición del bien inmueble que adquiere.

3.3.4 Finalidad del derecho de retracto

El derecho de retracto, en diversa legislación a la nuestra, tiene la misma finalidad que el derecho del tanto, esto es, terminar con los problemas suscitados por la enajenación de ciertos bienes o derechos sin observar el derecho del tanto, manteniendo la intimidad de los copropietarios y en su caso extinguir la

copropiedad o ciertos titulares de algún derecho, pero en todos ellos y en específico en nuestro Código Civil, por lo que respecta a los arrendatarios, los cuales son los únicos titulares del derecho de retracto, el arrendatario tiende a subrogar a éstos en el lugar del nuevo adquirente, dando protección solo a intereses privados, pues solo ellos son los que en un determinado momento pueden hacerlo valer dado que la misma ley señala y delimita quien o quienes son aquellos titulares de este derecho de adquisición preferente que pueden ejercitarlo a su favor.

Ahora bien, este derecho de retracto permite a los titulares del mismo, si es que así lo desean, por que recordemos que se trata de derechos potestativos y no de derechos reales, subrogarse en la operación de enajenación que se celebre respecto de un bien inmueble o algún derecho, sin respetarse el derecho del tanto, el cual es su presupuesto, dado que sin el no puede existir el derecho de retracto, entregando las cantidades que el nuevo adquirente hubiera erogado con motivo de la enajenación más los gastos que haya realizado por la misma operación y todos aquellos que puedan ser acreditables y derivados de la enajenación.

En el estudio del presente trabajo de investigación, los arrendatarios son los únicos que gozan del derecho de retracto para subrogarse en el lugar del nuevo adquirente, siempre para el único efecto de que este adquiera con preferencia a cualquier otra persona que se le haya enajenado el bien inmueble arrendado

respetándose con ello el derecho de preferencia que la ley le otorga aún en contra de la voluntad del vendedor. Por lo que además de las finalidades mencionadas, este derecho de retracto, tiene, también, como finalidad, que el arrendatario que es titular del derecho del tanto, lo llama la ley derecho de preferencia, que no fue respetado, si así lo desea, adquiera para sí el bien inmueble arrendado ejerciendo este derecho en el término concedido por la ley, el cual es de sesenta días contados a partir de la fecha en que al mismo se le notifique o se haga pública su venta.

En España existe la controversia de la aplicabilidad de los derechos de adquisición preferente –tanto y retracto- consistente en que no se especifica la concurrencia de ambos derechos o si uno excluye al otro, para lo cual considero, que no puede existir una concurrencia de derecho, toda vez que como se analiza, sus momentos de aplicación son totalmente diversos, el derecho del tanto aplica antes de que se realice la enajenación de bien, y el derecho de retracto encuentra aplicación una vez que se formalizó la enajenación, por lo que uno excluye forzosamente al otro, puesto que no es posible, temporalmente, que ambos se puedan ejercitar, ya que surgen en diversos momentos.

CAPITULO 4.- CONSECUENCIAS POR INOBSERVANCIA DEL DERECHO DE PREFERENCIA

4.1 Derecho de preferencia a favor del arrendatario como limitante de la propiedad del arrendador

La legislación civil del Distrito Federal establece a favor de los arrendatarios un derecho de preferencia para adquirir el inmueble que arrienda en el caso de que su propietario (arrendador) lo desee enajenar, estableciendo para ello ciertos requisitos que se asemejan, por no decir que es idéntico, al derecho del tanto otorgado a los copropietarios, coherederos, socios, etc...

El derecho de preferencia aludido es la facultad otorgada por la ley a los arrendatarios, que hayan durado en arrendamiento durante tres años y que este al corriente en el pago de las rentas, para adquirir con antelación a terceras personas el inmueble dado en arrendamiento en caso de que el arrendador-propietario convenga en enajenarlo, pagando el titular el mismo precio que el adquirente este dispuesto a pagar y en las mismas condiciones y modalidades.

Debemos recordar que antes de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal del años dos mil tres, el precedente a este derecho de preferencia a favor del arrendatario era el llamado derecho del tanto, que a decir de los diputados de

la comisión de vivienda, el derecho del tanto desvirtuaba la relación contractual entre el arrendador y el arrendatario, por lo que era necesaria la eliminación de tal derecho, señalando que:

"...La iniciativa en estudio propone que se elimine el derecho del tanto, y en su lugar se establezca el derecho de preferencia para el caso de arrendamiento de casa habitación e inmuebles comerciales e industriales, la anterior modificación responde a que, como lo señala la exposición de motivos de la iniciativa en dictamen, el derecho del tanto va aparejado a derechos reales y no a derechos personales, por lo que este derecho tiene una correcta aplicación en los casos de copropiedad, no así en el caso del arrendamiento, ya que en este supuesto se desvirtúa la relación jurídica entre el arrendador y el arrendatario, además de que constituye un importante factor para desalentar el arrendamiento.

"El derecho de preferencia que se propone por el Ejecutivo federal para que se incorpore en el Código Civil, permitirá que el arrendatario que esté al corriente en el pago de sus rentas, sea preferido, en igualdad de condiciones, en la venta del inmueble que está arrendando. De la misma forma se considera aceptada la innovación que en esta materia se propone en la iniciativa, en el sentido de establecer que en caso de que se viole el derecho de preferencia a que se refiere el párrafo anterior, se podrán demandar los daños y perjuicio que ello ocasione y que la indemnización por dicho concepto no podrá ser menor al cincuenta por ciento de las rentas pagadas por el arrendatario en los últimos doce meses,

garantizando con ello que en muchos casos se respetará el derecho del arrendatario de ser preferido en caso de venta del inmueble. En virtud de lo anterior, la Comisión que suscribe sugiere que se apruebe la propuesta de reforma a los artículos 2447 y 2448-J y la derogación del artículo 2448-I del Código Civil contenidas en la iniciativa en análisis...¹⁰⁷.

Sin embargo, este derecho de preferencia propuesto por el ejecutivo y después aprobado por la cámara de diputados no es más que el derecho del tanto investido con el nombre de "derecho de preferencia" el cual es en todas sus características idéntico al derecho del tanto antes estudiado, pues lo que realmente se realizó en la modificación al Código Civil para el Distrito Federal, fue un cambio en cuanto a la denominación de ese derecho, pero conserva la naturaleza del derecho del tanto, puesto que, como se verá más adelante, este derecho solo varía en sus plazos.

En el mismo sentido se conduce Zamora Valencia al señalar que "el derecho concedido no es simplemente de preferencia, como era hasta antes de la reforma de 2003, sino un derecho del tanto"¹⁰⁸.

¹⁰⁷ González Alcanzara, Juan Luis. Derechos del Arrendatario. Cámara de Diputados. LVIII Legislatura. UNAM. Segunda Edición. México 2001. Pág. 38

¹⁰⁸ Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Contrato de Arrendamiento de Fincas Urbanas Destinadas a la Habitación. Editorial Porrúa, México, 2003, Pág. 43.

Situación por la cual es necesario realizar un análisis de dicho derecho con sus características y en la forma que lo regula el Código Civil para el Distrito Federal, puesto que este derecho llamado "derecho de preferencia" no es sino lo que en realidad se conoce como el derecho del tanto, que limita, sin justificación alguna, el derecho de propiedad del arrendador, en cuanto a la disposición de dicho derecho, pues restringe la facultad de disposición al derecho de propiedad al arrendador.

"Es mayoritaria la postura, la cual compartimos, que entiende que el derecho de adquisición preferente a favor de los arrendatarios y sobre la finca arrendada, es un derecho pernicioso para la libre disposición de la finca por parte del propietario y que no está en absoluto justificado por cuanto merma significativamente el tráfico inmobiliario."¹⁰⁹.

"La facultad de disposición permite, como regla, que el propietario enajene (esto es, transmita a otro) el bien que le pertenece cuando y como le venga en gana. No obstante, en casos determinados y, en nuestro ordenamiento, excepcionales, dicha facultad de disposición se encuentra coartada por entender la Ley que otros intereses protegidos deben primar sobre la libertad de disposición del propietario.

¹⁰⁹ Yúfera Sales, Pedro L. Arrendamientos Urbanos. Análisis práctica de la normatividad arrendaticia aplicable sistematizada por concepto. Editorial Bosch S.A., España 2000, Pág. 317 .

“Tales supuestos, reiterémoslo, son excepcionales respecto de la general libertad de disposición del propietario. Pese a ello, tienen una relativa importancia práctica y una cierta entidad económica, por lo que conviene tener una somera idea de los mismos.

“Los casos en que la facultad de disposición se ve coartada se caracterizan por que la Ley concede a una persona la facultad de adquirir preferentemente el bien que el propietario pretende enajenar, siempre que dicha enajenación tenga lugar a título oneroso.”¹¹⁰.

Señala el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 2447 y 2448-J que el arrendatario goza del derecho de preferencia para la adquisición del inmueble objeto del contrato de arrendamiento para el caso de que el propietario del mismo pretenda enajenarlo, el cual constituye un derecho de adquisición preferente, estudiado en el capítulo anterior, con matices idénticas al derecho del tanto, para lo que debemos recordar que antes de las reformas del año dos mil tres dicha legislación contemplaba el derecho de adquisición preferente con el nombre del derecho del tanto, confundiendo totalmente su naturaleza jurídica, pero sin en cambio, el actual derecho de preferencia del arrendatario, aún cuando se le haya cambiado el nombre, sigue siendo el derecho del tanto que antes designaba el mismo artículo. Esta situación a dado lugar a muchas controversias y a innumerables críticas, modificándolo al legislador en varias ocasiones hasta llegar

¹¹⁰ Lasarte Álvarez, Carlos. Op. Cit. Pág. 62.

al texto vigente, dado que en el se establecen la mayoría de las características, por no decir todas, del derecho del tanto.

Señala el autor Zamora y Valencia que "El artículo 2448-J establece actualmente a favor del arrendatario un derecho del tanto, aunque el artículo lo llama de preferencia, para adquirir en igualdad de condiciones el inmueble arrendado que pretenda vender el arrendador."¹¹¹ Desvirtuándose con ello la relación contractual existente entre el arrendador y el arrendatario.

El derecho de adquisición preferente de los arrendatarios, establecido en el derecho 2447 y 2448-J del Código Civil para el Distrito Federal, solo es de origen legal y no podrá ser pactado por las partes contratantes, en donde se señala que:

"Artículo 2447. En los arrendamientos que han durado mas de tres años, tiene el arrendatario derecho, si esta al corriente en el pago de las rentas, a que en igualdad de condiciones, se le prefiera a otro interesado en el nuevo arrendamiento del inmueble. También gozara del derecho de preferencia si el propietario quiere vender el inmueble arrendado, aplicándose en lo conducente lo dispuesto en el artículo 2448 J de este Código"

Por su parte el artículo 2448-J del Código Civil, que se aplica en caso de que el inmueble objeto del contrato de arrendamiento este destinado a uso habitacional, señalan que:

¹¹¹ Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Op. Cit. Pág. 41.

CONSECUENCIAS POR INOBSERVANCIA DEL DERECHO DE PREFERENCIA

“Artículo 2448 J. En caso de que el propietario del inmueble arrendado decida enajenarlo, el o los arrendatarios siempre que estén al corriente en el pago de sus rentas tendrán derecho a ser preferidos a cualquier tercero en los siguientes términos:

- I. En todos los casos el propietario deberá dar aviso de manera fehaciente al arrendatario de su voluntad de vender el inmueble, precisando el precio, los términos, condiciones y modalidades de la compraventa.
- II. El o los arrendatarios dispondrán de treinta días para dar aviso al arrendador, de su voluntad de ejercitar el derecho de preferencia que ese consigna en este artículo, en los términos y condiciones de la oferta, exhibiendo para ello las cantidades exigibles al momento de la aceptación de la oferta, conforme a las condiciones señaladas en esta.
- III. En caso de que el arrendador dentro del término de treinta días a que se refiere la fracción anterior cambie cualquiera de los términos de la oferta inicial, estará obligado a dar un nuevo aviso por escrito al arrendatario, quien a partir de ese momento dispondrá de un nuevo plazo de treinta días. Si el cambio se refiere al precio, el arrendador solo estará obligado a dar este nuevo aviso cuando el incremento o decremento del mismo sea de más de 10 por ciento.
- IV. Tratándose de bien sujetos al régimen de propiedad en condominio, se aplicaran las disposiciones de la ley de la materia.; y
- V. La compraventa realizada en contravención de lo dispuesto en este artículo otorgara al arrendatario el derecho a la acción de retracto y por otro lado a reclamar daños y perjuicios, sin que la indemnización por dichos conceptos pueda ser menor a un 50% de las rentas pagadas por el arrendatario en los últimos 12 meses; así como a la acción de nulidad. Las acciones mencionadas prescribirán sesenta días después de que tenga conocimiento el arrendatario de la realización de la compra-venta respectiva.
- VI. En caso de que el arrendatario no cumpla con las condiciones establecidas en las fracciones II o III de esta artículo precluirá su derecho; y

CONSECUENCIAS POR INOBSERVANCIA DEL DERECHO DE PREFERENCIA

VII. Los notarios en términos de las disposiciones legales aplicables incurrirán en responsabilidad cuando formalicen compra-ventas contrarias a este precepto, si tiene conocimiento de tal situación.

En caso de que el arrendatario no cumpla con las disposiciones establecidas en las fracciones II o III de este artículo precluirá su derecho.”

Por su parte el artículo 2448-K establece la solución para el caso de que dos o más arrendatarios pretendan hacer valer su derecho preferente, estableciendo que:

”Artículo 2448-K. Si varios arrendatarios hicieren uso del derecho de preferencia a que se refiere el artículo anterior, será preferido el que tenga la mayor antigüedad arrendando parte del inmueble y, en caso de ser igual, el que primero exhiba la cantidad exigible en los términos de la fracción II del artículo anterior, salvo convenio en contrario.”

El derecho de adquisición preferente otorgado a los arrendatarios se aplica en todos los casos en que el inmueble objeto del contrato este destinado a un uso distinto al habitacional y cuando este destinado a dicho uso, siempre que no se encuentre en un inmueble sujeto al régimen de propiedad en condominio, ya que la Ley de Propiedad en Condominio de inmuebles para el Distrito Federal, en términos de la fracción IV de artículo 2448 J antes transcrito, solo regula el derecho otorgado a los arrendatarios de unidades de propiedad exclusiva destinadas al uso habitacional, remitiendo al Código Civil para el Distrito Federal la regulación del derecho de los arrendatarios de las unidades no destinada a dicho uso. En caso de que se trate de un inmueble que no este destinado a uso habitacional, para que

nazca el derecho de preferencia del arrendatario, es necesario que este lleve arrendado el inmueble por mas de tres años y se encuentre al corriente en el pago de sus rentas.

El derecho que se otorga en caso de que el propietario decida enajenar el inmueble objeto del contrato a un tercero, tiene que notificarle, de manera fehaciente, al arrendatario las características de la venta convenida, esto es, debe notificarle el precio, condiciones, términos y modalidades de la compraventa, pero no se especifica si puede realizarse la misma ante testigos o que simplemente se haga por escrito, lo cual hace alusión a que esta notificación se realice ante notario público o por vía jurisdiccional, dado que es limitativo este precepto en cuanto a la notificación del derecho de preferencia, pero para el efecto de que el inquilino tenga la seguridad de que se le notifique la venta pactada es mejor que se realice de la forma anotada para que de ello se de fe pública. El arrendatario a partir de esa notificación cuenta con treinta días para ejercitar su derecho de preferencia, para lo cual tendrá que estar al corriente en el pago de sus rentas y exhibir la contraprestación que sea exigible en ese momento, ahora bien, para el caso de que el arrendador dentro de los treinta días cambie cualquier término de la venta debe dar una nueva notificación al inquilino quien a partir de ese día contará con los treinta días que tiene como plazo para avisar si hará uso de su derecho de preferencia, con excepción del incremento o decremento de la cantidad pactada cuando no sea mayor del diez por ciento del valor del inmueble.

En caso de que el inmueble este compuesto de varias unidades que pueda ser arrendadas por separado, y en virtud de esto existen varios arrendatarios, estos tendrán derecho preferente solo por adquirir la totalidad del inmueble, dado que así se observa al iniciar la lectura del artículo 2448 J, pues este menciona que será solo en caso de que el propietario del inmueble arrendado decida enajenarlo totalmente. En este supuesto, si son dos o mas los arrendatarios que quieren adquirir el inmueble en ejercicio de su derecho de preferencia, será preferido el que tenga mayor antigüedad arrendando parte del inmueble y en caso de ser igual, el que primero exhiba la prestación exigible a ese momento, salvo que convengan otra cosa. Esto en base al artículo 2448-K antes transcrito.

Hecho el análisis anterior, tenemos que la forma de ejercer, las características y la naturaleza del derecho de preferencia a favor del arrendatario son exactamente las mismas de las cuales se compone el derecho del tanto, situación por la cual, consideramos, que es erróneo hablar de un derecho de preferencia cuando este es el género y el derecho del tanto la especie, y así se observa de la lectura de la legislación Civil, el cual establece un derecho del tanto a favor del arrendatario cubriéndolo con el nombre de derecho de preferencia, tratando de acabar con los supuestos problemas que cotidianamente se presentan entre el arrendador y el arrendatario, tratando con ello de justificar su trabajo los legisladores, puesto que es bien sabido que el derecho del tanto tiene una

naturaleza y finalidad que dentro del contrato de arrendamiento solo desvirtúa la relación existente entre las parte y por otro lado perjudica a la economía del país en virtud de que le limita el derecho de propiedad del arrendador quien no buscara mayores problemas y dejará de construir para seguir arrendando a sabiendas de la problemática que esto conlleva, estancándose así la circulación de la riqueza demeritándose el precio del inmueble.

Por lo que podemos afirmar que el supuesto derecho de preferencia otorgado al arrendatario limita sin justificación alguna a la propiedad pues constriñe la libertad del propietario para disponer libremente del objeto de su propiedad, limitan el ius abutendi, lo cual vulnera la garantía consagrada por el artículo 27 de la Constitución Política de nuestro país, puesto que la misma ley obliga en un determinado momento a vender el inmueble a una persona específica sin dejar elección para ello al arrendador

4.2 Consecuencias de la inobservancia al derecho de preferencia a favor del arrendatario

En cuanto a las consecuencias generales por la violación del derecho de preferencia otorgado a los arrendatarios, dispone el artículo 2448 J, fracción V, del

Código civil para el Distrito Federal, que en caso de que este derecho no haya sido respetado podrá el arrendatario ejercer la acción de retracto, demandar el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado, así como la acción de nulidad, sin mencionar si una de estas excluye a las otras dos o si se pueden solicitar las tres de manera simultanea, situación que a nuestra consideración vulnera los derechos públicos subjetivos del arrendador en cuanto al derecho de propiedad que tiene sobre del bien inmueble dado en arrendamiento, ya que no es clara la ley al referirse a estas consecuencias, que vienen a aumentar la limitante del derecho de disponer del bien inmueble como mejor la plazca al propietario del mismo, toda vez que al no establecerse de forma clara y precisa la forma en que se harán valer las acciones mencionadas y deja abierto el camino para que mediante ello se causen problemas al arrendador y con ello se le causen en un determinado momento, daños y perjuicios.

El derecho de retracto, que se estudiará mas adelante, es un derecho opcional limitado y limitativo de la propiedad, en virtud del cual una persona llamada retrayente, quien es el titular de este derecho, ejerce la facultad de preferencia adquisitiva una vez que al enajenación ya ha sido realizada, colocándose en la misma posición que el tercer adquirente, manteniéndose el resto de circunstancias y condiciones de la enajenación realizada entre propietario y tercero, para lo cual es necesario que, como se asentó en el capítulo anterior, preceda la violación al derecho del tanto, sin el cual esta acción de retracto jamás

existiría, situación que respalda nuestra afirmación en cuanto a que se trata de un derecho del tanto revestido con la denominación "de derecho de preferencia".

Por lo anterior considero que la acción de retracto no es compatible con la acción de nulidad, ambas otorgadas al arrendatario que se le ha violado su derecho de adquisición preferente, del tanto estimamos, ya que en virtud de la acción de retracto el titular del derecho solamente sustituye al tercero adquirente, siendo la enajenación totalmente válida, manteniéndose todas sus características, habiendo por tanto, solo una transmisión mientras que en virtud de la acción de nulidad se pretende dejar sin efecto la enajenación realizada por el propietario, para que las cosas regresen al estado en que se encontraban antes de la venta.

Ya en España, a raíz de la reglamentación simultánea de los derechos el tanto y de retracto, como antes se mencionó, desde hace tiempo surgió en gran parte de la doctrina la controversia de que no podían concurrir los dos derechos en una misma situación, pues en virtud de las opuestas consecuencias generadas y naturaleza de cada uno, es inoperante su coexistencia o concurrencia, en virtud de que uno excluye a otro por la temporalidad en la que surgen, lo que también aplicaría ante la concurrencia de la acción de nulidad, la cual tiene una finalidad y naturaleza distinta de los derechos de preferencia, por lo que el arrendatario solo podría o bien demandar la acción de retracto y el pago de daños y perjuicios o la acción de nulidad y el pago de daños y perjuicios, puesto que de lo contrario se

ejercerían acciones que no son compatibles la una con la otra y se perjudica, al señalarlo vagamente la ley, los derechos del arrendador, causando a su vez daños y perjuicios severos en cuanto a su patrimonio.

4.2.1 Derecho de retracto

El derecho de retracto, estudiado en el capítulo anterior y a manera de no ser repetitivos en cuanto al mismo, lo mencionaremos de forma breve remitiéndonos para su estudio a dicho capítulo en el cual se establecieron todas sus bases, pero aquí es indispensable para entender que verdaderamente se trata del derecho del tanto y no, como lo dice la ley, del derecho de preferencia.

Como consecuencia de la inobservancia del derecho de preferencia del arrendatario, señala el artículo 2448-J fracción V de la legislación Civil para el Distrito Federal, se otorga esta acción de retracto al arrendatario que no se le respetó el derecho de preferencia, entendiéndose por retracto el derecho de adquisición preferente que faculta potestativamente a una determinada persona, en este caso al arrendatario, para la adquisición de una cosa o un derecho cuando su dueño o titular la ha enajenado, sustituyendo, el retrayente, al comprador mediante la entrega a éste del precio, más los gastos que haya asumido en virtud de la enajenación, pero sin que se genere una acción resolutoria, ni una obligación legal impuesta a determinados compradores de revender la cosa al retrayente, ya

que solo hay una venta y solo cambia en ella la persona del comprador, es decir, se sustituye el arrendatario en el lugar del comprador.

Pero resulta ser que este derecho de retracto, que se origina como consecuencia de la violación del derecho de preferencia de los arrendatarios, decimos que es derecho del tanto, por que para que opere esta acción retractual es necesario dicho derecho, y que mas que ser una acción no es otra cosa que el derecho de adquisición preferente, el cual nace cuando el inmueble ha sido transmitido a un tercero, solamente es mencionado como consecuencia de dicha violación sin establecer el legislador de que forma opera ni los elementos necesarios para su el ejercicio. Pero tal como se estudio en el capitulo anterior se debe mencionar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en resolución del amparo directo 3761/59, ha establecido que en el ejercicio del acción de retracto es condición sine qua non que se exhiba el precio de la venta con la demanda, puesto que el actor va a subrogarse en los derechos del comprador por efecto de la sentencia.

Por otra parte, este derecho de retracto debe de ejercitarse dentro del plazo de sesenta días, contados desde el momento en que el retrayente tenga conocimiento de la enajenación, y toda vez que existe un precepto específico para tal situación se debe de considerar que solo se tiene el arrendatario seis meses para ejercitar la acción de retracto una vez que ha tenido conocimiento de la

enajenación (compraventa) realizada, tal y como se desprende del artículo arriba transcrito, y una vez transcurrido ese término sin que lo haya hecho valer el retrayente precluye su derecho y por tanto la operación de compraventa queda firme sin que el arrendatario pueda intentar alguna otra acción.

El derecho de retracto tiene como finalidad proteger los derechos del arrendatario al cual no se le respeta el derecho de preferencia, señalamos derecho del tanto, a que tenía derecho y permite que el mismo arrendatario se subrogue en el lugar del nuevo adquirente, entregando las cantidades que éste hubiera erogado con motivo de la enajenación (compraventa) mas los gastos que haya realizado por la misma operación y todos aquellos otros gastos que puedan ser acreditables y derivados de la enajenación, pero para el caso de no exhibir las cantidades correspondientes a la operación realizada el derecho de retracto no operará.

4.2.2 Acción de nulidad

En cuanto esta acción, señalada en el artículo 2448 J fracción V del Código Civil para el Distrito Federal se encuentra establecido dentro del capítulo denominado del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación, el

cual se establece como de orden público y por lo tanto las disposiciones en el contenidas son irrenunciables. Debemos recordar que la violación a las disposiciones declaradas de orden público, como se estudio en capitulo segundo de este trabajo, trae consigo la nulidad absoluta del acto y además los derechos de particulares que afecten directamente a este no pueden ser renunciados, tal como se observa en lo dispuesto por los artículos 6 y 8 del Código Civil para el Distrito Federal.

Al establecerse por el legislador que dicha disposición es de orden público el ilustre profesor Ignacio Galindo Garfias, señala que: "el orden público, es la expresión del interés social y aunque desde este punto de vista, el grupo social esta interesado en que todas las normas jurídicas se cumplan existen preceptos legales que tienden a garantizar los principios que se consideran básicos, esenciales para la organización del grupo social. Se ha dicho con razón que el concepto de orden público, más que una categoría jurídica, es un concepto político porque connota una de las finalidades, que con carácter inmediato persigue el Derecho: el orden dentro de la sociedad. De allí, de su origen político, deriva la imprecisión del concepto de orden público. El ordenamiento jurídico, es un sistema regulador y en cierto sentido conservador, tiende a conservar una determinada organización social, cualquiera que ella sea; pretende mantener las bases morales, económicas, políticas del país en que descansa el grupo social. Para hacer posible el equilibrio de las relaciones interhumanas. Por ello es que en todo ordenamiento

de Derecho se han establecido principios, o preceptos que en forma rígida, fijan determinados límites a libertad de los sujetos en sus relaciones privadas, en razón de que a la organización social, el interés colectivo, exige el impostergable cumplimiento y el respeto ineludible a esos principios, que se consideran fundamentalmente para la existencia de cierta organización social¹¹², para lo que debemos entender que el orden público se refiere a la conservación de la organización social aplicando los principios que para tal efecto establezca el Estado, los cuales deben ser observados por los gobernados.

Ahora bien, La nulidad del acto celebrado en contravención a un derecho de adquisición preferente como principio de orden público, podría pensarse que la invalidez padecida en la operación de compraventa realizada es la nulidad absoluta, sin embargo, como la ley concede solamente al arrendatario afectado la acción de nulidad y no a cualquier otra persona; establece un plazo de prescripción el cual es de sesenta días y en virtud de este, puede ser convalidada la transmisión antes de que opere dicha prescripción, se llega a la conclusión de que el acto celebrado estaría afectado de nulidad relativa, puesto que se actualiza en la especie lo establecido por el artículo 2227 en relación con el 2226 del Código Civil de la entidad.

¹¹² Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. Décimo cuarta edición. Editorial Porrúa, México, 1995, Pág. 132

Esta acción de nulidad no se encuentra debidamente regulada en el Código Civil para el Distrito Federal en cuanto hace a los arrendatarios, en virtud de que llegado el caso de no respetarse el derecho de preferencia del arrendatario, debe éste de elegir entre reclamar la acción de retracto o la de nulidad, para el caso de que el arrendatario no cuente con la cantidad que cubra el precio de la venta, dado que normalmente los inquilinos de casa habitación son personas con escasos recursos que solo rentan la vivienda, ya que de tener recursos, no la rentarían sino que la comprarían, lo cual nunca se tomo en cuenta al modificar el Código Civil anotado, y solo demandara la nulidad para que la venta realizada quede sin efectos y las cosas queden en el estado en que se encontraban, causando con ello daños y perjuicios al arrendador propietario del bien vendido, ya que al regresar las cosas al estado que guardaban es con el efecto de que se notifique al arrendatario sobre la venta pactada pero será su derecho comprar o no el bien arrendado, y el tiempo que dure el juicio de nulidad incluyendo en su caso el recurso de apelación, será el tiempo que el arrendatario viva a expensas del arrendador, pues, podría darse el caso de que, mientras todo el proceso termina, el arrendatario deje de pagar la rentas a que esta obligado, lo cual acarrearía alguna controversia de arrendamiento que seguiría los mismos pasos antes indicados para la nulidad, lo cual solo causa incertidumbre al arrendador.

4.2.3 Pago de daños y perjuicios

En cuanto a los daños y perjuicios, el propio Código Civil para el Distrito Federal, los define en los siguientes términos: "Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación". (Artículo 2108).

Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia ilícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. (Artículo 2109).

La principal fuente de la obligación para el pago de los daños y perjuicios causados a una persona determinada (obligación que se conoce como responsabilidad civil), es el hecho ilícito, que en materia civil surge al momento en que un precepto jurídico no es observado como lo establece la ley. El maestro Bejarano Sánchez establece: "La manera de responder en materia civil, es mediante la reparación de los daños. Por eso esa obligación de reparar los daños y perjuicios causados se llama responsabilidad civil. Como ya se ha dicho, en nuestro sistema jurídico tiene dos posibles fuentes: el hecho ilícito (la conducta antijurídica, culpable y dañosa) y el riesgo creado (la conducta lícita e inculpable de usar un objeto peligroso)"¹¹³.

¹¹³ Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. Quinta edición, Editorial Oxford, México 1999 Pág. 206.

Por lo que para la reclamación del pago de daños y perjuicios sufridos por el arrendatario al no respetarse el derecho de preferencia que la ley le otorga, se establece que esta reparación consistirá en el pago, cuando menos, del cincuenta por ciento de lo que el inquilino haya pagado en los últimos doce meses, por lo que podemos afirmar que el arrendatario tendrá derecho a que se le paguen seis meses de la renta que venía pagando al arrendador.

El tiempo de que dispone el arrendatario para reclamar el pago de daños y perjuicios es de sesenta días después de que tenga conocimiento de la realización de la compraventa respectiva, que de ser el caso, normalmente se exigiría en el mismo escrito, donde se reclame la acción de retracto o la nulidad.

4.3 Propuesta de derogación del artículo 2448-J del Código Civil para el Distrito Federal.

Una vez realizado el estudio de este derecho de preferencia a favor del arrendatario en cuanto a sus elementos, forma de operar y la conveniencia de su aplicación consideramos que no debería de existir el mismo regulado en nuestra legislación y por ende debería de derogarse, sobre todo por que se perjudica al arrendador de múltiples formas y no como lo dicen los diputados en la exposición de motivos de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal de dieciséis de

Enero del dos mil tres, puesto que el arrendatario no resiente los daños y perjuicios que si se le causan al arrendador.

En tal virtud la propuesta que se realiza en este trabajo de investigación es que mediante una reforma que se realice al Código Civil para el Distrito Federal se derogue el artículo 2448-J, como consecuencia de ello también se deberá derogar el artículo 2448-K, y modificarse el 2409 y el 2447.

Además de que al derogarse el artículo 22448-J en nada se perjudicaría al arrendatario, puesto que en términos del artículo 2409 del Código sustantivo para el Distrito Federal, el arrendamiento no termina con la enajenación del bien, sino que subsiste en todos y cada uno de sus términos¹¹⁴, e incluso esto ayudaría a evitar las controversias en cuanto al pago de renta al nuevo propietario e incluso, se podría autorizar la celebración de nuevos contratos de arrendamiento entre el nuevo propietario y el o los inquilinos, situación por la cual también será necesaria la modificación al dicho precepto legal, como consecuencia de la derogación del derecho que en este trabajo se trata. Para lo cual podemos proponer que la modificación al artículo 2409 se realice de la siguiente forma:

"Artículo 2409. Si durante la vigencia del contrato de arrendamiento, por cualquier motivo se transmitiere la propiedad del inmueble arrendado, el arrendamiento subsistirá

¹¹⁴ Benavente Moreda, Pilar. La Venta de la Cosa Arrendada, Centro de Estudios Regístrales, Madrid, 1998. Pág. 135 a 165.

CONSECUENCIAS POR INOBSERVANCIA DEL DERECHO DE PREFERENCIA

en términos del contrato. Respecto al pago de las rentas, el arrendatario tendrá la obligación de pagar al nuevo propietario la totalidad de las rentas adeudadas y las que se causen, de conformidad a lo establecido en el contrato. A su vez el arrendador tiene la obligación de notificar, de manera fehaciente, al arrendatario de inmediato que le ha otorgado el correspondiente título de propiedad al comprador, para que éste último esté en aptitud de reclamar el pago de rentas, aún cuando el arrendatario manifieste haber pagado por adelantado al propietario anterior, a no ser que el adelanto de rentas aparezca expresamente estipulado en el contrato o lo acredite con los recibos de pago correspondientes.”

Modificación en la que también se especifica quien es la persona que deberá dar la notificación correspondiente para que el arrendatario continúe pagando las rentas causadas y que se sigan causando, evitando con ello problemas de índole contractual al nuevo adquirente, que se subroga en el lugar del arrendador anterior.

También, como consecuencia de la derogación propuesta, será necesario realizar una modificación al artículo 2447 de la misma legislación, pues en dicho precepto legal se establece el otorgamiento del derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario en caso de venta del inmueble arrendado, proponiendo que el mismo se modifique de la siguiente manera.

“Artículo 2447. En los arrendamientos que han durado más de tres años, tiene el arrendatario derecho, si está al corriente en el pago de las rentas, a que en igualdad de condiciones se le prefiera a otro interesado en el nuevo arrendamiento del inmueble.”

La derogación propuesta en este trabajo tiene como finalidad buscar un verdadero equilibrio entre el arrendador y el arrendatario cuidando que ambas partes no salgan perjudicadas en caso de venta del bien inmueble arrendado durante la vigencia del contrato de arrendamiento y en su caso se respeten las situaciones jurídicas que se guardan entre sí, por un lado respetando los derechos inherentes al arrendador en cuanto a la propiedad y la facultad de disposición y por el otro salvaguardando los derechos de permanencia del arrendatario en cuanto a la detentación que del bien arrendado guarda, siempre y cuando cumpla con los requisitos señalados por la ley.

4.4 Justificación de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal.

La propuesta de derogación de los artículos 2448-J, 2448-K, modificación a los artículos 2409 y 2447 del Código Civil para el Distrito Federal encuentra su justificación en cuanto a que el derecho de preferencia otorgado al arrendatario, que no es otro que el derecho del tanto, limita la libre disposición de la propiedad a su dueño, dado que no es libre de decidir a quien vender el inmueble de su propiedad sino que forzosamente debe de venderlo al arrendatario, siempre y

cuando cumpla con ciertos requisitos, pero además de eso, debe esperar cierto tiempo para ver si el arrendatario va a ejercer su derecho de preferencia, treinta días, y para alguna premura que tenga el arrendador de vender el inmueble y obtener con ello cierta liquidez tiene que esperar a que transcurran los treinta días que tiene el arrendatario para ejercer este derecho, lo cual no encuentra justificación alguna en la legislación dado que desvirtúa la relación contractual del arrendatario con el arrendador y por el contrario causa severos perjuicios al propietario perdiendo con ello, por una parte, ganancias, oportunidades de incremento de su riqueza, y por otro, aunque de forma exagerada, hasta la vida de un ser querido, que aunque este último sea algo que se puede considerar como absurdo, puede presentarse el caso de que así sea.

Este derecho de preferencia a favor del arrendatario es una forma clara de desalentar la inversión privada para la construcción de viviendas para rentar, dada la problemática que se presenta al estar en una situación presurosa de enajenar el bien inmueble, frenando con ello la riqueza del país, dado que al no haber inversión se estancan las probabilidades para el crecimiento económico, esto por que en lugar de que la gente invierta para arrendar y obtener un beneficio, dejan de realizarlo, pues el uso y goce, mucha veces precario y limitado, se enfrenta al pago de la renta, que en muchas ocasiones es desmedida por parte del arrendador, pero el cual no da mantenimiento alguno al bien arrendado por que considera que están o han deteriorado en gran parte el bien sin pagar la justa

renta, lo que enfrasca tanto al arrendador como al arrendatario en problemas cotidianos como la falta en el pago de renta y la reparación o mantenimiento del bien.

Por ello es que, por parte del legislador, no se incentiva ni motiva la inversión privada en esta materia de arrendamiento o por lo menos que de alguna forma se eviten los problemas graves que entre los contratantes surgen, puesto que por el contrario, se desalienta a los propietarios que pretende construir para renta y mejor convienen en enajenar sus bienes, en lugar de rentar sus propiedades, dejando solo para renta los inmuebles viejos y los cuales carecen de mantenimiento, orillando a que los arrendatarios vivan en hacinamiento.

Ahora bien, la regulación en materia de arrendamiento en cuanto al derecho de preferencia que se otorga actualmente a los arrendatarios es difícil de entender por la mala redacción con la que se hicieron las modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal y su insuficiencia para cubrir todos los aspectos que conllevan las controversias arrendaticias que a diario se ven tanto la vida real como en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, esto por solo referirnos a la entidad, pues son contadas las controversias que se suscitan en este tema, pero que sin embargo limitan la facultad de disposición del arrendador sin justificación alguna.

Por otro lado, este derecho de preferencia no otorga a su titular ningún derecho real ni potestativo para poder adquirir la propiedad del inmueble, en virtud de que no tiene un poder directo sobre la cosa, ya que lo único que hace es detentar temporalmente el bien inmueble arrendado a nombre de su propietario, lo cual no le da derecho alguno para pretender adquirir la propiedad de que se trate, puesto que, como se mencionó, este derecho solo está investido por el nombre de "derecho de preferencia" cuando realmente es un derecho del tanto, el cual, como se estudio en el capítulo tercero, tiene una determinada naturaleza y diversa finalidad que en la relación contractual de arrendamiento nunca se presenta el supuesto de esa finalidad ni su naturaleza, situación por la cual estimo que está mal regulada por la legislación Civil, debiendo derogarse el mismo ya que afecta los intereses del arrendador en su derecho de propiedad, limitando la facultad de disposición y la libertad contractual y se da un estancamiento a la circulación de la riqueza y al tráfico de la propiedad.

Por lo cual consideramos procedente la derogación del derecho de preferencia otorgado al arrendatario en caso de enajenación del bien inmueble arrendado, para adquirir la propiedad del mismo, pues en nada se perjudica si el inmueble se enajena junto con la relación contractual existente, dado que se presenta una sustitución contractual del arrendador y no existe ni perjuicio al arrendatario ni ejercicio abusivo del derecho de propiedad. Además de que si bien es cierto, gran parte de la gente que habita en el Distrito Federal lo hace en

calidad de inquilinos, también es cierto que no cuentan en un determinado momento con los recursos necesarios para poder ejercer este supuesto derecho, esto es pagar las cantidades que les piden los arrendadores, dado que en caso de contar con dichos recursos no estarían rentando sino que buscarían la forma de adquirir su propio patrimonio, pero tampoco es probable que en un corto plazo ellos puedan adquirir los recursos, puesto que el salario que la mayoría de estas personas gana es el mínimo y con ello no sufragarían los costos de la adquisición de dichos inmuebles, por que ni la Comisión Nacional de Salarios Mínimos, pretende aumentar los mencionados salarios, ni las instituciones crediticias otorgan créditos a particulares que cuenten con ingresos de un salario mínimo.

Por lo que debe de ponerse mas empeño en que se cumpla con la obligación constitucional por parte del estado en cuanto a otorgar una vivienda digna a los individuos, con base en un plan de desarrollo y no dejarla a la inversión privada, pues perjudican a la misma desalentando a los propietarios a construir para dar en arrendamiento, lo que trae aparejados ciertos problemas en la sociedad.

CONCLUSIONES

1.- La propiedad es el derecho real por virtud del cual el titular del mismo tiene la facultad de usar, gozar y disponer de manera directa de una cosa determinada conforme a sus intereses mejor le convengan, siempre y cuando no se afecten a los terceros, observando las limitaciones y modalidades que la ley le imponga.

2.- La acción de nulidad se puede ejercer cuando un acto jurídico fue otorgado faltando en el cualquiera de sus elementos esenciales o, en su caso, algún elemento de validez. Esta puede ser absoluta o relativa, la absoluta se presenta cuando el acto jurídico se realizó sin cubrir alguno de los elementos de existencia o esenciales, esta nulidad la puede intentar cualquier persona que tenga un interés jurídico en que así se declare el acto, no prescribe por el transcurso del tiempo ni tampoco puede ser convalidada. Relativa es aquella que se presenta cuando el acto jurídico se otorga sin observar todos los elementos de validez, solo la puede intentar la persona que la ley señala, es decir, solo protege y la hacen valer los intereses particulares o privados, tiene plazo de prescripción y puede ser convalidada por el titular de esta acción en los términos que establezca la ley.

3.- Los derechos de adquisición preferente otorgan a su titular la facultad de adquirir un derecho con preferencia a cualquier otra persona, en caso de que el titular de la misma pretenda enajenarla.

4.- Los derechos de adquisición preferente son derechos potestativos, por que otorgan a su titular la facultad, si es que lo desean, de adquirir algún derecho, en virtud de que, algunos titulares, carecen del poder directo e inmediato sobre la cosa.

El derecho del tanto faculta, potestativamente, a su titular a adquirir el bien sobre el cual recae, con preferencia a cualquier tercero, para el caso de que su dueño la enajenare, pagando el tanteante el mismo precio que en su caso pagaría el comprador. Este derecho del tanto solo opera cuando dos o más personas que son titulares tienen iguales o similares derechos, como los socios, coherederos o copropietarios, y no entre personas que no tienen entre sí esa categoría, como es en el caso del arrendatario.

La acción de retracto, es otro derecho de preferencia, que otorga a su titular, retrayente, la facultad para subrogarse en el lugar del nuevo adquirente, pagando, en las mismas condiciones, la misma cantidad que éste último haya dado, mas los gastos que se hayan originado con motivo de la celebración del acto

jurídico, siempre y cuando sean gastos acreditables, pero siempre requiere de la violación del derecho del tanto, sin lo cual no puede ejercitarse el mismo.

5.- El derecho de preferencia a favor del arrendatario es un derecho que faculta al mismo para adquirir el inmueble arrendado con preferencia a cualquier otra persona, en caso que el propietario decida enajenarlo, entregando la misma cantidad que el tercero haya de pactado entregar, sin la cual no precederá el derecho de preferencia.

6.- El derecho de preferencia a favor del arrendatario no es otra cosa que el derecho del tanto, solo que el legislador al tratar de evitar controversias suscitadas en cuanto a la denominación de este derecho lo revistió con un nombre diverso, ampliando el plazo para su ejercicio. La inobservancia al derecho de preferencia de los arrendatarios tiene como consecuencia la acción de retracto, el pago de daños y perjuicios, así como la acción de nulidad, sin que señale la forma de aplicabilidad de cada una de estas consecuencias.

El derecho de preferencia a favor del arrendatario es una limitante al derecho de propiedad del arrendador en cuanto a que restringe la libre disposición del mismo, *ius abutendi*, sin encontrar justificación legal. Puesto que tiene una normatividad mal regulada en el Código Civil para el Distrito Federal, puesto que se confunde su naturaleza con la del derecho del tanto.

7.- La venta de un bien dado en arrendamiento no hace cesar el arrendamiento celebrado entre el propietario originario y el inquilino sino que esta relación continúa con el nuevo propietario, dándose con ello una subrogación contractual sin afectar los derechos del arrendatario.

8.- El derecho de preferencia a favor del arrendatario, en virtud de tener una inadecuada regulación en la legislación civil para el Distrito Federal se debe derogar al ser innecesaria, ya que limita el derecho de propiedad del arrendador, limita la autonomía contractual del arrendador, restringe la circulación de la riqueza, dificulta el tráfico de inmuebles y desvirtúa la relación contractual entre el arrendador y el arrendatario.

9.- Al Derogarse el artículo 2448-J del Código Civil para el Distrito Federal, consecuentemente, se deberá derogar el artículo 2447-K, al quedar sin aplicación alguna, pues el mismo establecen supuesto referente al derecho de preferencia que se propone derogar.

10.- Será necesario, además, modificar los artículos 2409 y 2447 del Código Civil para el Distrito Federal, en virtud de regular el derecho de preferencia a favor del arrendatario, para quedar de la siguiente forma:

“Artículo 2409. Si durante la vigencia del contrato de arrendamiento, por cualquier motivo se transmitiere la propiedad del inmueble arrendado, el arrendamiento subsistirá

en términos del contrato. Respecto al pago de las rentas, el arrendatario tendrá la obligación de pagar al nuevo propietario la totalidad de las rentas adeudadas y las que se causen, de conformidad a lo establecido en el contrato. A su vez el arrendador tiene la obligación de notificar, de manera fehaciente, al arrendatario de inmediato que le ha otorgado el correspondiente título de propiedad al comprador, para que éste último esté en aptitud de reclamar el pago de rentas, aún cuando el arrendatario manifieste haber pagado por adelantado al propietario anterior, a no ser que el adelanto de rentas aparezca expresamente estipulado en el contrato o lo acredite con los recibos de pago correspondientes.”

“Artículo 2447. En los arrendamientos que han durado más de tres años, tiene el arrendatario derecho, si está al corriente en el pago de las rentas, a que en igualdad de condiciones se le prefiera a otro interesado en el nuevo arrendamiento del inmueble.”

BIBLIOGRAFIA

Arce y Cervantes José.

De los bienes. Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2000, 160.pp.

Aspron Pelayo, Juan Manuel.

Sucesiones. Segunda edición. Editorial McGraw-Hill, México, 2001, 275 pp.

Benavente Moreda, Pilar

La Venta de la Cosa Arrendada, Centro de Estudios Regístrales, Madrid, 1998, 254 pp.

Bejarano Sánchez, Manuel.

Obligaciones Civiles. Quinta edición, Editorial Oxford, México, 1999, 461 pp.

Bravo González, Agustín. Et. Al.

Derecho Romano. Primer curso, Décimo cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1997, 323 pp.

Bustos Valdivia, Ceferino. Et. Al.

Derecho Civil Patrimonial. Conceptos y normativa básica. Tercera Edición, Ed. Comares, Granada, 1997, 514 pp.

De Ibarrola, Antonio.

Cosas y Sucesiones. Décimo tercera edición. Editorial Porrúa, México, 2002, 1120 pp.

De Pina, Rafael

Elementos de Derecho Civil Mexicano (Bienes-Sucesiones) Volumen II, Ed. Décimo quinta, Editorial Porrúa, México, 1998, 422 pp.

De Pina, Rafael

Elementos de Derecho Civil Mexicano Obligaciones, Tomo quinto Volumen I, séptima edición, Editorial Porrúa, México, 1998, 613 pp.

Diez Picazo, Luis y Gullón, Antonio.

Sistema de Derecho Civil. Vol. III. Derecho de la cosas y Derecho inmobiliario Registral, Décima edición. Editorial Tecnos, Madrid, 1992, 605 pp.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo.

Derecho Civil Parte General, Personas, Cosas, Negocios Jurídico e Invalidez. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1994, 701 pp.

Galindo Garfias, Ignacio.

Derecho Civil Primer Curso. Décimo cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1995, 758 pp.

González Alcántara, Juan Luis.

Derechos del Arrendatario. Cámara de Diputados. LVIII Legislatura. UNAM. Segunda Edición. México, 2001, 49 pp.

Gutiérrez y González, Ernesto.

Derecho de las obligaciones, Décima tercera edición, Editorial Porrúa, México, 2001, 1267 pp.

Gutiérrez y González, Ernesto.

Del Patrimonio, Quinta edición, Editorial Porrúa, México 1995, 1061 pp.

Moreno Quezada, Bernardo

Curso de Derecho Civil III. Derechos Reales y Registral Inmobiliario. Editorial Tirant lo Branco, Valencia, 1999, 663 pp.

Lacruz Berdejo, José Luis, et al.

Elementos del derecho civil III, Derechos reales, volumen primero, Posesión y Propiedad. Editorial Dykinson, Madrid, 2001, 371 pp.

LaCruz Berdejo, José Luis, et al.

Elementos del derecho civil II, Derechos de obligaciones, volumen primero, Parte General, Teoría General del Contrato. Segunda edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, 554 pp.

Lasarte Álvarez, Carlos.

Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho, Tercera Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, 356 pp.

Magallon Ibarra, Jorge Mario. Instituciones del Derecho, Tomo IV. Derechos Reales. Editorial Porrúa. México 1990. 679 pp.

Magallon Ibarra, Jorge Mario.

Instituciones del Derecho, Tomo I. Introducción. Editorial Porrúa. México 1987. 254 pp.

Martínez Alfaro, Joaquín.

Teoría de las obligaciones. Sexta edición, Editorial Porrúa, México 1999, 474 pp.

Martínez Morales, Rafael I.

Derecho Administrativo tercer y cuarto curso, tercera edición, Editorial Oxford, México 2001, 469. pp.

Martín Pérez, Pascual.

Derecho civil, Vol. III. Derechos reales y derecho registral. Ed. Tecnos, Madrid, 1984, 495 pp.

O'callaghan Muñoz, Xavier.

Compendio de Derecho Civil, Tomo III. Derechos Reales e Hipotecarios. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1988, 455 pp.

Pasquau Liaño, Miguel

Nulidad y anulabilidad del contrato, primera edición, Editorial Civitas S.A., España 1997, 376 pp.

Peña Bernaldo de Quiroz, Manuel.

Derechos reales y derecho hipotecario, tomo I, Editorial Centro de Estudios Registrales Tecnos, Madrid, 1991, 604 pp.

Rodríguez Morata, Federico A.

Derecho de Tanteo y de Retracto en la Ley de Arrendamiento Urbanos de 1994, Editorial Aranzadi, 2001, Navarra, 188 pp.

Rojina Villegas, Rafael

Derecho civil mexicano, tomo segundo y tercero, Bienes, Derechos reales y Posesión. Ed. séptima, Editorial Porrúa, México 1991, 859 pp.

Silva Segura, Enrique.

Acciones, Actos y contrato Sobre Cuota. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1985, 370 pp.

Treviño García, Ricardo

Los contratos civiles y sus generalidades, Quinta Edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 1995, 778 pp.

Yúfera Sales, Pedro L.

Arrendamientos Urbanos. Análisis práctica de la normatividad arrendaticia aplicable sistematizada por concepto. Editorial Bosch S.A., España 2000, 577 pp.

Zamora y Valencia, Miguel Ángel.

Contratos Civiles, Octava edición, Editorial Porrúa, México 2000, 412 pp.

Zamora y Valencia, Miguel Ángel.

Contrato de Arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación, Editorial Porrúa, México 2003. 59 pp.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Código Civil para el Distrito Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal.

Ley de Expropiación